Genehmigung
von
ohne Vertretungsmacht
geschlossenen Geschäften
nach Bürgerlichem Gesetzbuche.

Liegt hierin eine Abweichung vom gemeinen Recht?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Arno Löwenstein,
Referendar in Berlin.

Hamburg 1906.
Druck von Berngruber & Henning, Dovenfleth 28.

Meinen lieben Eltern.

Literatur-Verzeichnis.

Arndts, Pandekten. 8. Aufl. Stuttgart 1874.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Band II. Weimar 1889.

Beckhaus, Ratihabition der Rechtsgeschäfte. 1859. Bonn.

Brinz, Pandekten, 2. Aufl. Bd. IV. Leipzig 1892.

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock 1852.

Canstein, Vollmacht und Auftrag, in Gruchot's Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht. Bd. 3, S. 670 ff.

Carlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877.

Corpus iuris civilis ed. stereot. nona Krüger-Mommsen. 1902.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Jena 1900.

Curtius, Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 58 S. 69 ff.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. Berlin 1900.

— Pfandrecht, Band I. Leipzig 1860.

— Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. I. Halle 1902.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Auflage. Berlin 1903.

Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Band: 3, 6, 18, 26, 35, 45.

— des Reichsoberhandelsgerichts, Band: 12, 15, 22.

Fischer-Henle, Bürgerl. Gesetzbuch. 5. Aufl. München 1902.

Gareis, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Band I. Berlin 1900.

Glück, Erläuterungen der Pandekten, Band V u. XV.

Gregory, vgl. Kritische Vierteljahrsschrift Bd. VI S. 414 ff.

Griesinger, Zur Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. Dissertation. Tübingen 1862.

Goldmann und Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Haidlen, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Stuttgart 1897.
Heilfron, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 2. Aufl. Berlin 1900.
Heimbach, »Ratihabition« in Weiske's Rechtslexikon. Bd. IX, S. 455 ff.
Hellmann, Stellvertretung in Rechtsgeschäften. München 1882.
Hölder, Pandekten. Freiburg 1891.
— Bürgerliches Gesetzbuch. München 1900.
Hupka, Die Vollmacht. Leipzig 1900.
— Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Leipzig 1903.
Ihering, Geist des römischen Rechts. Bd. III. 2. Auflage. Leipzig 1871.
— Passive Wirkungen der Rechte in den dogmatischen Jahrbüchern. Bd. I Nr. 7, S. 295—302.
Junker, Die Genehmigung im bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation. Erlangen 1899.
Köppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, in den dogmatischen Jahrbüchern, Bd. XI.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Halbband. Berlin 1904.
Laband, Die Stellvertretung nach dem deutschen Handelsgesetzbuch, in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. X S. 183—241.
Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, in den dogmatischen Jahrbüchern Bd. XXXVI Nr. 1.
Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung. Wien 1885.
Maiweg, Genehmigung und Einwilligung im bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation. Erlangen 1898.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I.
Pernice, Labeo. Bd. I. Halle 1873.
Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1897.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches.
Puchta, Lehrbuch der Pandekten. 11. Aufl. Leipzig 1872.
Regelsberger, Seuffert: Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, in der Kritischen Vierteljahrsschrift. Bd. XI S. 361 ff.
— Pandekten. Bd. I. Leipzig 1893.
Reinberger, Vollmachtlose Stellvertretung und Genehmigung. Dissertation. Breslau 1899.
Ruhstrat, Über Stellvertretung ohne Vollmacht in den dogma-

tischen Jahrbüchern. Bd. X S. 209 ff., XIX, XXVI.
Ruhstrat, Beiträge zur Lehre von der *negotiorum gestio* im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. XXXII S. 173 ff.
Savigny, Obligationenrecht. Bd. II. Berlin 1853.
— System des heutigen römischen Rechts. Band III. Berlin 1840.
Scheller, Bedeutung und Wirkung der Ratihabition. Diss. Heidelberg 1887.
Schiemann, Genehmigung bei vollmachtloser Stellvertretung nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch. Dissertation. Greifswald 1902.
Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, Würzburg 1868.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Auflage. Leipzig 1868.
Stumpff, Die rechtliche Bedeutung des von einem unbevollmächtigten Stellvertreter abgeschlossenen Vertrages. Dissertation. Erlangen 1900.
Unger, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts. 2. Aufl. Leipzig 1863.
— Verträge zu gunsten Dritter, in den dogmatischen Jahrbüchern Bd. X S. 1—109.
Vangerow, Pandekten. 6. Aufl. Bd. III. Marburg 1851.
Wächter, Württembergisches Privatrecht. Bd. II. Stuttgart 1842.
— Beiträge zur Lehre von der *negotiorum gestio* im Archiv für zivilistische Praxis. Band XX. S. 337 ff.
Wendt, Pandekten. Jena 1888.
Windscheid, Pandekten. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.
Zimmermann, Lehre von der stellvertretenden *negotiorum gestio*. Straßburg 1876.
Zitelmann, Beiträge. Teil II. Berlin 1890.
— Bürgerl. Gesetzbuch, allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Inhaltsangabe.

Seite

1— 8: § 1. Einleitung. Die Stellvertretungstheorien.

1. Hauptteil.

Das Handeln ohne Vertretungsmacht.

8—10: § 2. Begriff und Wesen.

11—13: § 3. Zulässigkeit des Handelns ohne Vertretungsmacht.

13—27: § 4. Die Rechtsstellung des *gestor* und des Dritten *(T)* vor der Entscheidung des Prinzipals *(D)*.

27—28: § 5. Der Eintritt von Zwischenfällen in der Zeit vor der Genehmigung, soweit sie die Person des Dritten oder des *gestor* betreffen:

a) Tod.

b) Verlust der Handlungsfähigkeit.

c) Konkurs.

2. Hauptteil.

Die Genehmigung des Vertretenen.

29—34. § 6: Begriff und Wesen der Genehmigung.

a) Die Genehmigung ist ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.

b) Wem gebührt das Recht der Genehmigung?

Seite
34—49: § 7. Form, Zeit, Adresse und Arten der Genehmigung.
49—55: § 8: Welchen Einfluß haben Zwischenfälle, wenn dieselben in der Person des *D* eintreten:
a) Tod.
b) Verlust der Handlungsfähigkeit.
c) Konkurs.
55—65: § 9. Die Wirkungen der Genehmigung.
a) im allgemeinen.
b) insbesondere die Rückwirkung der Genehmigung.
65—67: § 10. Inzwischen erworbene Rechte Dritter.
67—78: § 11. Die Folgen im Falle der Versagung der Genehmigung.
a) Verhältnis zwischen *D* und *T*.
b) Verhältnis zwischen *T* und *gestor*.
α) Wie haftet der *gestor*, wenn er den Mangel seiner Vertretungsmacht kannte?
β) Welche Haftung tritt ein, wenn er diesen Mangel nicht kannte?
78—79: § 12. Schluß.

§ 1.

Die folgende Abhandlung hat es sich zur Aufgabe gesetzt, aus dem großen Gebiete der Stellvertretung die Geschäfte, die ohne Vertretungsmacht abgeschlossen sind, herauszugreifen, sie im allgemeinen zu betrachten und insbesondere sich über das Wesen und die Wirkung der Genehmigung in diesen Fällen zu verbreiten.

Wir wollen in der Einleitung von der Stellvertretung als solcher sprechen und darstellen, welchen Standpunkt auf diesem einst sehr strittigen Gebiete das gemeine Recht und das B. G. B. eingenommen hat resp. einnimmt.

Man hat auf verschiedene Weise versucht, sich über den Begriff und das Wesen dieses Instituts klar zu werden. Das Resultat dieser Versuche bilden die sog. Stellvertretungstheorien.

Welche Theorie den Vorzug verdient, war nicht unbestritten; der Streit ist besonders auf dem Gebiete des gemeinen Rechts ausgefochten worden. Das römische Recht blieb hiervon verschont, weil es unmittelbare Stellvertretung, d. h. den Fall, daß jemand ein Rechtsgeschäft für einen andern und an dessen Stelle vornimmt, allgemein nicht anerkannte. Dies erklärt

sich bei den Römern aus ihrer Auffassung der *obligatio* als ein *juris vinculum*, das nur zwischen den Parteien selbst rechtliche Wirkungen erzeugen könne.

Da aber der Verkehr die Stellvertretung notwendig forderte, so konnte sich das Recht schließlich der Zulässigkeit derselben nicht mehr verschließen; und so finden wir schon im gemeinen Recht dieselbe allgemein anerkannt.

Jemanden vertreten kann man in verschiedener Weise. Man nimmt ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen vor für einen anderen, so daß man selbst als Geschäftsherr erscheint. Diese Form der Vertretung bezeichnen wir als mittelbare, indirekte Stellvertretung, da derjenige, für den das Geschäft vorgenommen wurde, erst mittelbar, d. h. durch Übertragung seitens des Vertreters Rechte und Pflichten erwirbt.

Eine zweite Möglichkeit der Vornahme eines Rechtsgeschäfts für einen anderen besteht darin, daß der Vertreter für fremde Rechnung und im Namen eines anderen abschließt, so daß der Vertretene unmittelbar berechtigt oder verpflichtet wird. Diesen Fall der direkten oder unmittelbaren Stellvertretung meint unser B. G. B., wenn es schlechthin den Ausdruck »Stellvertretung« gebraucht.

Und nun zu den einzelnen Theorien.

Die von Savigny[1] begründete Lehre will den Vertretenen selbst als Geschäftspartei betrachten. Dadurch[2] „schraubt sie jedoch den Vertreter zum bloßen Boten

[1] Obligationen Bd. II § 57 S. 54 ff.

[2] vgl. Zimmermann, Lehre von der stellvertretenden *neg. gestio*: S. 150.

herunter'. Die praktische Folge der Savignyschen Ansicht — bei Stellvertretung ohne Vollmacht — ist, daß sie für die Voraussetzungen der Vornahme der Handlung die Person des Vertretenen entscheiden läßt; und dies führt zu unhaltbaren Resultaten. Denn man ist nach dieser Theorie gezwungen, in dem Abschlusse des Geschäfts durch den *T* nur eine Offerte desselben an den *D* zu sehen; also erst mit der Annahme dieser Offerte kommt der Vertrag zustande. Damit aber wird natürlich gerade der Zweck der Stellvertretung, selbsthandelnd für einen andern aufzutreten, vereitelt. Aus dem Wesen der Offerte folgt des weiteren, daß mit ihrer freien Widerruflichkeit der *T* jederzeit das erst durch ihn begründete Verhältnis wieder umstoßen kann; daß sich hieraus eine große Unsicherheit des Rechtsverkehrs ergibt, bedarf keines näheren Beweises; selbstverständlich würde auch der Tod des *gestor* die Offerte hinfällig machen usw.

Diese Übelstände will eine entgegengesetzte Theorie beseitigen; es ist die für das gemeine Recht von Windscheid und Laband vertretene Repräsentationstheorie. Nach ihr ist der Vertreter die Geschäftspartei; er ist es, der den Vertretenen »repräsentiert« und die Wirkungen des Rechtsgeschäfts den *dominus* treffen läßt. Im Gegensatz zur Savignyschen Theorie richten sich hier also die subjektiven Voraussetzungen[3] (d. h. Handlungsfähigkeit, Willensmängel, *bona* und *mala fides* usw.) nach der Person des Vertreters und nur die Wirkungen des Geschäfts nach der Person des Prinzipals.

[3] cfr. Heilfron I, S. 557.

Auch diese Theorie ist nicht ohne Gegner geblieben. Mitteis[4] versucht in seiner »Lehre von der Stellvertretung« zwischen den beiden Theorien zu vermitteln. Nach seiner Vermittlungstheorie soll erst durch vereintes Handeln von Vertreter und Prinzipal das Rechtsgeschäft zustande kommen.[5]

Mitteis stellt diesen Satz auf, um dadurch die unverkennbaren üblen Folgen der von Windscheid vertretenen Auffassung zu vermeiden. Die Repräsentationstheorie könne nicht ein befriedigendes Resultat ergeben für den Fall, daß der *dominus* bösgläubig ist, sich aber zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts eines gutgläubigen Vertreters bedient hätte. Wenn die Vermittlungstheorie also den Fehler vermeidet, der bei der Repräsentationstheorie zu Bedenken Anlaß gibt und der darin besteht, daß sie alle Voraussetzungen des Geschäfts nur aus der Person des *gestor* ableitet, so kann man aber auch der Mitteisschen Theorie nicht absolute Richtigkeit zuerkennen. Denn, wenn zum Geschäftsabschluß der Wille des *dominus* und des *gestor* mitwirken muß, so ist auch notwendig die Erteilung der Vollmacht von dem Geschäft selbst nicht zu trennen; sie müßten beide, Vollmacht und Geschäftsabschluß, eine Handlung darstellen, oder mit anderen Worten, die Vollmacht müßte also ein integrierender Bestandteil des Hauptgeschäfts sein. Hierin irrt die Theorie aber entschieden. Wie will sie sich ferner für den Fall entscheiden, daß der *gestor* vor der Genehmigung des Prinzipals geschäftsunfähig wird? Wenn die Mitteissche Theorie trotzdem

[4] a. a. O. S. 109, S. 113 ff.

[5] Ebenso Dernburg, Pandekten § 117.

eine große Anzahl Schriftsteller gefunden hat, die sie befürworten, so liegt das in dem unzweifelhaften Verdienst der Lehre, die Einseitigkeit aufgedeckt zu haben, mit welcher die herrschende Repräsentationstheorie alles Gewicht auf die Person des Stellvertreters verlegt, und dem Prinzipal den ihm zukommenden Einfluß auf die Wirkung des Vertretungsaktes gegeben zu haben. Hupka[6] spricht in seinem Werk über »Die Vollmacht« sich über die Mitteissche Lehre gleichfalls in dem obigen Sinne aus und meint, daß, wenn die Verfasser des B. G. B. den in dieser Lehre liegenden Grundgedanken - d. h. die Teilung des rechtsgeschäftlichen Willens zwischen Prinzipal und Stellvertreter — gebührend gewürdigt hätten, die von unserem B. G. B. jetzt getroffene Regelung der Lehre von der Stellvertretung eine glücklichere geworden wäre.

Hupka selbst schließt sich aus „prinzipiellen Bedenken" der Mitteisschen Theorie zwar nicht an, baut seine Stellvertretungslehre vielmehr auch auf der Grundlage der Repräsentationstheorie auf, glaubt aber, daß man in Verbindung mit dem oben angeführten und konsequent durchgeführten Prinzip der Teilung des Rechtsgeschäftswillens zu befriedigenderen Resultaten kommt, als es nach dem seiner Ansicht nach „unglücklichen" § 166 B. G. B. möglich ist.

Nach seiner Auffassung[7] verkennt die Theorie von Mitteis die innere Verschiedenheit des Vollmachtwillens vom Rechtsgeschäftswillen; der Vollmacht-

---

[6] a. a. O. pag. VI.
[7] a. a. O. S. 32 ff.

willen deckt sich niemals mit dem im Hauptgeschäfte ausgesprochenen Rechtsgeschäftswillen. Vielmehr ist die Willensrichtung in beiden Akten eine verschiedene. Während der Rechtsgeschäftswille, wie er vom Stellvertreter namens des Prinzipals erklärt wird, auf die unmittelbare Begründung einer konkreten Rechtsänderung gerichtet ist, enthält die Vollmacht keine unmittelbare Disposition, sondern bloß die Zustimmung zu rechtlichen Dispositionen, die eine andere Person in seinem Namen künftig vornehmen soll. Der Rechtsgeschäftswille ist also immer ausschließlich und in jeder Hinsicht ungeteilt beim Stellvertreter und die Vollmacht ist nur die Bedingung und Grenze für die Wirksamkeit dieses Willens. So kommt denn Hupka[8] zu dem Schluß, daß „die Wirkung des stellvertretenden Geschäftes allerdings unter der Herrschaft zweier Willen steht; diese beiden Willen schließen sich aber nicht, wie Mitteis lehrt, zu einem einheitlichen Willensakt zusammen, sondern erzeugen zwei selbständige psychologisch und juristisch verschiedene Akte".

Für das gemeine Recht ist die Repräsentationstheorie herrschend gewesen.

Grundsätzlich mit der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts in Übereinstimmung befindet sich auch unser B. G. B., das in § 166 Abs. 1 bestimmt:

> „Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die

[8] a. a. O. S. 39.

Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht."

Jedoch hat unser Gesetzbuch den oben erwähnten Mangel der reinen Repräsentationstheorie nicht verkannt und hat daher denselben durch eine Modifikation nach Art der Vermittlungstheorie in § 166 Abs. 2 zu vermeiden gesucht.

Der Abs. 2 des § 166 schreibt nämlich vor:

„Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen."

Daß diese Regelung, wie sie der § 166 B. G. B. vorschreibt, den Anforderungen des Verkehrs in befriedigender Weise gerecht wird, bestreitet allerdings Hupka[9] und erklärt dies aus der ungenügenden „Art",[10] wie das in § 166 Abs. 2 statuierte Prinzip durchgeführt worden ist. Die Repräsentationstheorie begeht — so führt er aus — den Fehler, in abstrakter Weise zu unterscheiden zwischen „Erfordernissen der Handlung" und „Erfordernissen der Wirkung", von denen sie jene schlechthin dem Vertreter, diese schlechthin dem Prinzipal zuweist. Zu allein sachgemäßen Entscheidungen kann man nur gelangen, wenn man prüft, „inwieweit die Voraussetzungen, von denen die Rechtsordnung die Wirkung eines Geschäftes abhängig macht,

[9] vgl. »Vollmacht« pag. VI.

[10] vgl. »Vollmacht« S. 40.

nach ihrer *ratio* die handelnde Person als solche betreffen und inwieweit die *ratio* dieser Voraussetzungen die Partei im Auge hat.“ Daneben ist — nach Hupka — von Wichtigkeit, zu beachten, daß der Prinzipal nicht nur als Partei, sondern auch als Vollmachtgeber mittelbar einen großen Einfluß auf die Wirksamkeit des Hauptgeschäftes hat.

In Verfolg dieser Grundanschauung weist Hupka dann a. a. O.[11] S. 54 ff., insbesondere S. 68, 70 die Wege, die zu erfreulicheren Resultaten inbezug auf die Regelung des Einflusses von Willensmängeln führen würden. Ein näheres Eingehen müssen wir uns jedoch versagen, da wir der gestellten Aufgabe nur die Regelung der Lehre von der Stellvertretung zu Grunde zu legen haben, die das B. G. B. gegenwärtig im § 166 getroffen hat.

---

§ 2.

Mit der heute allgemein anerkannten Institution der Stellvertretung ist von der Rechtsordnung den Handlungen des Stellvertreters Rechtswirkung beigelegt worden. In den meisten und gewöhnlichsten Fällen wird es sich stets um befugte Stellvertretung handeln, die auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhen kann.

Nun ist es aber unbestritten, daß der Verkehr Geschäfte in großer Anzahl kennt, die ohne diese Befugnis geschlossen sind, und deren Rechtsbeständigkeit

---

[11] *id est:* »Vollmacht.«

doch im Verkehrsinteresse dringend notwendig erscheint. Es steht nun zur Erörterung, ob und inwieweit die Rechtsordnung solche Geschäfte anerkennt und mit welcher Wirkung sie das Handeln ohne Vertretungsmacht ausstattet.

Zunächst ließe sich vielleicht gegen die Geschäfte, die ohne Vertretungsmacht abgeschlossen sind, ganz allgemein der Einwand erheben, daß dadurch stets eine Disposition über einen fremden Rechtskreis getroffen wird, und daß es daher die Schranken der individuellen Rechtssphären niederreißen heißen würde, wollte man jedem schlechtweg die Macht einräumen, rechtsverbindliche Erklärungen im fremden Namen abzugeben oder entgegenzunehmen. An sich ist dieser Einwand gewiß richtig; doch, wie so oft, hat auch hier die weitblickende Fürsorge unseres Gesetzes in der Bestimmung der Gültigkeit der in Frage stehenden Handlungen in äußerst segensreicher Weise für die Sicherheit unserer Rechte und Interessen gesorgt. Denn das praktische Leben bietet oft Fälle, in denen ohne fremdes Eingreifen unsere Interessen auf das empfindlichste getroffen würden. Dies zu verhindern ist Sinn und Bedeutung unserer rechtspolitischen Vorschrift.

Wenn wir uns nun solche Fälle vorstellen, in denen ein anderer für uns Geschäfte besorgt, so können wir sagen:

Ohne Vertretungsmacht handelt, wer ein Rechtsgeschäft in fremdem Namen vornimmt, ohne dazu die Befugnis zu besitzen, namens des Vertretenen zu handeln.

Hierzu tritt der weitere Fall, daß jemand bei Ab-

schluß eines Geschäfts die ihm für dasselbe erteilte Vollmacht überschreitet. Hinsichtlich der Überschreitung liegt dann Handeln ohne Vertretungsmacht vor.

Ein dritter Fall wäre der, wo die Erteilung einer Vollmacht nichtig ist; der Berechtigte aber hiervon keine Kenntnis hatte.[12]

Vorausgesetzt wird in allen Fällen stets, daß „im Namen eines andern" gehandelt wird, also beide Teile mit Vertretungswirkung abschließen wollen."

Durch die Handlung des Vertreters[13] — denn ein solcher ist immerhin derjenige, der ohne Vertretungsmacht kontrahiert — werden nun nach verschiedenen Seiten hin Wirkungen von juristischer Bedeutung ausgelöst.

Was das Verhältnis des Vertreters zu dem Vertretenen angeht, so wird in vielen Fällen eine *negotiorum gestio* des Handelnden vorliegen; die rein obligatorischen Beziehungen, die zwischen *gestor* und *dominus* entstehen, regeln die Grundsätze der *negotiorum gestio*.[14]

Über die Beziehungen des Vertretenen und des Vertreters zum dritten Kontrahenten ist an geeigneter Stelle späterhin zu sprechen.

---

[12] Endemann, § 82 S. 410.

[13] vgl. Zimmermann, a. a. O. S. 134.

[14] Des weiteren vgl. Zimmermann, a. a. O. S. 129 ff.

§ 3.

Bei der heute allgemein anerkannten Zulässigkeit der Stellvertretung überhaupt ist auch das Handeln ohne Vertretungsmacht überall da zuzulassen, wo nicht vom Gesetzgeber oder aus notwendigen rechtlichen Gründen ein Verbot statuiert ist. Es scheiden also von vorherein alle jene Geschäfte aus, von denen das Gesetz sagt, daß sie „nicht durch einen Vertreter" oder daß sie überhaupt „nur persönlich" vorgenommen werden können.[15]

Dies gilt schon für das gemeine Recht;[16] nur einige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, wie z. B. Mahnung, Kündigung, sind von der Regel auszunehmen; letztere konnten von einem Stellvertreter wirksam nicht vorgenommen werden.[17]

Das B. G. B. hat sich im Prinzip obiger Anschauung angeschlossen. Es läßt Stellvertretung ohne Vertretungsmacht grundsätzlich bei Verträgen zu.

Hinsichtlich der „einseitigen" Rechtsgeschäfte jedoch muß man einen Unterschied machen zwischen streng einseitigen Rechtsgeschäften einerseits und empfangsbedürftigen andererseits.

In § 180 trifft das Gesetz die Regelung, daß streng einseitige Geschäfte der Vertretung ohne Vertretungsmacht verschlossen bleiben sollen,[18] bei

---

[15] vgl. für das B. G. B. u. a. die §§ 1307, 1317, 1599, 1728, 2064, 2274, 2351, 2352.

[16] Schiemann a. a. O. S. 19.

[17] vgl. Regelsberger, Pand. S. 598; Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm. Bd. 19 S. 287 ff., Bd. 26 S. 190; Entsch. d. Reichsger. Bd. 26 S. 191.

[18] vgl. Satz 1 § 180 B. G. B.

ihnen ist Stellvertretung unzulässig. Die Motive[19] äußern sich hierzu wie folgt:

> „In Ansehung der streng einseitigen Rechtsgeschäfte stehen der Zulassung der Vornahme durch einen nicht ermächtigten Vertreter Bedenken entgegen."

Den empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften gegenüber hat dagegen das B. G. B. eine freiere Stellung eingenommen. Die Motive[20] begründen dies so:

> „Das Bedürfnis für die Zulässigkeit des rechtsgeschäftlichen Handelns in Vertretung ohne Vertretungsmacht beschränkt sich im wesentlichen auf die Eingehung von Verträgen. Dem Interesse des Geschäftsherrn würde es zwar entsprechen, wenn ein nicht ermächtigter Vertreter auch einseitige Rechtsgeschäfte, deren Wirkung davon abhängt, daß sie gegenüber einem Beteiligten vorgenommen werden, diesem gegenüber mit der Wirkung vornehmen könnte, daß sie bei hinzutretender Genehmigung so behandelt werden, als seien sie von Anfang an von dem Geschäftsherrn ausgegangen. Allein dem steht die dem Beteiligten schuldige Rücksicht entgegen, der der Vornahme eines solchen Geschäfts sich nicht entziehen kann und dabei allen Unzuträglichkeiten ausgesetzt sein würde, welche die bis zur Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung bestehende Ungewißheit notwendig mit sich bringt. Von dieser

[19] S. 245.
[20] S. 245.

Rücksichtnahme kann nur Umgang genommen werden, wenn der Beteiligte mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts sich einverstanden erklärt und damit den etwaigen nachteiligen Folgen sich unterwirft."

Der letzte Satz dieser Begründung ist für uns der wichtigste; er hat im B.G.B. in § 180 Satz 2 seine gesetzliche Bekräftigung erhalten. Darnach sind empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommen, von der Rechtsordnung insofern zugelassen, als „derjenige, dem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet oder damit einverstanden gewesen ist, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handele"; solche einseitigen Geschäfte unterliegen den für Verträge festgesetzten Normen.

---

§ 4.

Wir haben uns zunächst bei folgendem Tatbestand: „*G (gestor)* hat für *D* mit *T* kontrahiert; *G* hatte keine Vertretungsmacht; *D* hat noch nicht genehmigt," die Frage vorzulegen, welche rechtlichen Folgen das zwischen *G* und *T* erzeugte Rechtsgeschäft für *T* hat.

Eine große Anzahl der Autoren[21] betrachtet das Rechtsgeschäft bis zur Genehmigung durch den Prinzi-

[21] siehe Windscheid, Pand. § 74[4] und die dort angeführte Literatur.

pal[22] als in der Schwebe; „seine rechtliche Wirkung ist nicht negiert, sondern suspendiert". Das Rechtsgeschäft ist nicht ungültig, es befindet sich in ähnlicher Lage wie das bedingte Rechtsgeschäft. Aber man darf nicht sagen, daß es ein bedingtes Rechtsgeschäft ist; dasjenige, was noch fehlt, ist nicht ein äußerliches, sondern der Wille desjenigen, für welchen das Rechtsverhältnis begründet werden soll.[23]

Dieser Schwebezustand wird wohl für das gemeine Recht nicht bestritten werden können; über die juristische Konstruktion hat man jedoch lange gekämpft, ohne zu einer Verständigung zu gelangen. Dies war aber leicht erklärlich, da die einzelnen Schriftsteller bei ihren Konstruktionsversuchen von der Stellvertretungstheorie ausgingen, die sie gerade für richtig hielten. So können wir denn auch drei Richtungen in Gemäßheit der Stellvertretungstheorien unterscheiden.

Die Anhänger der von Savigny begründeten Theorie[24] mußten naturgemäß die Geschäftsführung des Vertreters ohne Vertretungsmacht als Offerte des Dritten an den Prinzipal betrachten; dies folgt aus ihrer Ansicht, daß Geschäftspartei der Prinzipal, der Vertreter bloßer Bote desselben sei; ein Vertrag kann daher erst wirksam in die Erscheinung getreten sein mit der Akzeptation der Offerte durch den *dominus*.

---

[22] vgl. Windscheid, Pand. § 74 S. 312.

[23] ebenso: Mitteis S. 205 ff.; Dernburg, Pand. I, § 11[1], [10] (S. 119); Hölder, Pand. § 57 S. 295; Regelsberger, Pand. I § 164 II[2]; Brinz, Pand. IV § 582, 5, 583.

[24] Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm. Bd. X S. 211—220; auch Wächter, württemb. Privatr. II 682, mit Statuierung von Ausnahmen.

Ist die Savignysche Theorie unrichtig — und heute steht man allgemein auf diesem Standpunkt —, so fällt auch obige auf derselben beruhende Konstruktion zusammen.

Konsequenterweise kommt auch Mitteis zu dem Resultat, daß ein Vertrag zwischen *G* und *T* noch nicht wirksam zustande gekommen ist. Nach seiner Theorie ist der Wille des Stellvertreters allein noch nicht genügend; es muß noch der Wille des *dominus*, der das Rechtsgeschäft des Stellvertreters für sich akzeptieren will, zur Perfektion des Geschäfts hinzutreten; erst der in der Ratihabition enthaltene Wille führt für den Prinzipal definitiv die Perfektion des Geschäfts herbei.

Demgegenüber ist nach der Repräsentationstheorie das Geschäft in allen Teilen vollendet; es hat zwar einen Mangel, nämlich das Fehlen der Genehmigung; aber dieser Mangel macht das Geschäft nicht etwa nichtig, sondern er begründet nur die Ungewißheit,[25] ob es rechtsbeständig ist oder nicht. Diese Ansicht hat die meisten Anhänger gefunden. Neben Windscheid[26] hat wohl am schärfsten Zimmermann[27] seinen Standpunkt präzisiert. Er stellt den Satz auf, daß das Rechtsgeschäft als solches vollkommen und entschieden durch den *gestor* abgeschlossen ist. Was noch ungewiß resp. unvollkommen ist, sind lediglich die rechtlichen Wirkungen des abgeschlossenen Geschäfts. Das Gesagte ergibt sich aus dem Begriff des

---

[25] vgl. Brinz, IV, S. 380.
[26] vgl. Pand. § 74.
[27] stellvertr. *neg. gestio* S. 138 ff.

Rechtsgeschäfts. Denn Rechtsgeschäft ist eine Handlung, deren Absicht auf Hervorbringung einer juristischen Wirkung geht.[28] Da nach dieser Ansicht das Rechtsgeschäft nichts weiter erfordert als Handlungsfähigkeit, Willensentschluß und Willensäußerung, d. h. Handlung, so kann nicht zweifelhaft sein, daß in unserm Fall das Geschäft durch den *negotiorum gestor* abgeschlossen ist."

Es ist nun bereits früher gesagt, daß die Repräsentationstheorie für das gemeine Recht wie für das B. G. B. die herrschende ist. Von ihr haben wir, da wir grundsätzlich die vom gemeinen Rechte getroffene Regelung mit den geltenden Vorschriften nur des B. G. B.s in Vergleich zu setzen haben, für die weitere Entwicklung des schwebenden Rechtsverhältnisses auszugehen.

Da erhebt sich zunächst die Frage:

Ist der dritte Kontrahent vor der Genehmigung gebunden oder nicht?

Man hat für das gemeine Recht infolge der Digestenstelle l. 23 (24) D. III. 5 hier lange zu keinem befriedigenden Resultat kommen können.

> *„Si hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fieret, proprietas quidem per procuratorem non adquiritur, potest tamen creditor etiam invito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit: et ideo creditoris ratihabitione liberor."*

Die Stelle spricht sich gegen einen Rücktritt des

[28] vgl. dazu: Wächter, II S. 634; Arndts, Pand. § 63; Windscheid, Pand. § 69; Seuffert, Ratihabition S. 1.

T aus, was aus den Worten *potest tamen* etc. etc. hervorgeht. Es handelt sich hier um die Übereignung einer Summe Geldes, die der *procurator* für den *dominus* in Empfang genommen hat. Der Jurist (Paulus) sagt hier, daß der *procurator* nicht Eigentümer jenes Geldes geworden ist; aber der Prinzipal könne jederzeit mit seiner Ratihabition für sich Eigentum erwerben; ja, sollte *T* das Geld vom *gestor* zurückverlangen, würde ihm dies nichts nützen; denn auch jetzt noch habe die Ratihabition die Wirkung, dem Prinzipal das Eigentum an dem Gelde zu verschaffen.

Diese Interpretation der *cit. lex* ist wohl die richtige; Windscheid[29] und mit ihm viele andere sind derselben Meinung.[30] Die *lex* bestimmt also für den Dritten strenge Gebundenheit, aus der er sich wider den Willen des *gestor* nicht lösen kann. Mitteis, der gleichfalls dem *T* ein einseitiges Rücktrittsrecht auf Grund der cit. Stelle versagt, rechtfertigt seinen Standpunkt in folgenden Worten:[31]

> „Der ganze Wert der *negotiorum gestio,* eine mittlerweilige Sicherung fremder Interessen zu sein, wäre für die stellvertretende *negotiorum gestio* in Frage gestellt, wenn der *gestor* nicht in der Lage wäre, die Fäden, die er geschlungen, festzuhalten."

---

[29] vgl. § 74.

[30] A. M. sind: Wächter, II, S. 682[20]; Regelsberger Pand. I S. 89; Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm., Bd. X u. 211 ff. Die beiden letzteren erklären eine Gebundenheit des Dritten nur unter der Voraussetzung für möglich, daß zwischen dem Vertreter und dem *T* eine stillschweigende oder ausdrücklich hierauf abzielende Vereinbarung getroffen ist; ferner vgl. Hellmann S. 119 fg.

[31] Stellvertretung S. 218.

Daß wir auch vom Standpunkt der Repräsentationstheorie uns für eine Gebundenheit des Dritten erklären müssen, ist klar; denn, da ein Vertrag, wie wir sahen, abgeschlossen und perfekt ist, so ist auch der dritte Kontrahent sofort bei Abschluß desselben daran gebunden.

Zunächst erscheint uns dies Resultat zufriedenstellend; es ist auch billig für den Fall, daß der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht des *G* gekannt hat.

Entspricht aber auch dann noch diese strenge Gebundenheit des Dritten unserm Rechtsgefühl, wenn der *T* in Unkenntnis jenes Mangels mit *G* kontrahiert hat? Für diesen Fall ist eine mildere Behandlung erforderlich.

Es hat auch nicht an Autoren gefehlt, die bereits für das gemeine Recht diese Forderung als zu Recht bestehend aufgestellt haben.[32]

Diese stützen ihre Ansicht auf folgende Quellenstellen: l. 23 (24) D. III. 5, l. 24; D. 46,8; l. 58 pr. D. 46,3.

Wenn nun die Interpretation der l. 23 (24) D. III. 5 ergeben hat,[33] daß von einem einseitigen Rücktrittsrecht des *T* keine Rede sein könne und auch *lex* 24 § 1 D. 46,8: *„sed illud consequens futurum etiamsi poeniteat illum petiisse, ratum haberi non posse: quod utique sit absurdum"* nur soviel zu entnehmen ist, daß ein Rücktrittsrecht des *T* nicht statthaft sei, so kann doch auch schon aus den Quellen der richtige Mittelweg gefunden werden, der unsere Frage wird zur Lösung führen können.

[32] Regelsberger, Pand. I S. 598; Zimmermann, a. a. O. S. 277; Mitteis, a. a. O. S. 168 und 216.

[33] vgl. oben S. 16 u. 17.

l. 58 pr. D. 46, 3 besagt:

„Si quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit, quando liberetur? Et ait Julianus, cum dominus ratum habuerit, hunc liberari. Idem ait, antequam dominus haberet ratum, an condici ex ea causa possit? Et ait interesse, qua mente solutio facta esset, utrum ut statim debitor liberetur an vero cum dominus ratum habuisset: priore casu confestim posse condici procuratori et hunc demum extingui condictionem, cum dominus ratum habuisset, posteriore tunc demum nasci condictionem cum dominus ratum non habuisset.“

Es hat hier ein Schuldner — ebenso wie in l. 23 (24) D. III. 5 — an den Vertreter des Gläubigers geleistet. Der Jurist macht nun für seine Entscheidung den Unterschied, ob der Dritte bei der Zahlung gewußt hat, daß der *gestor* keine Vollmacht gehabt hat, oder ob der *T* das Vorhandensein einer solchen unterstellt hat. Für den ersten Fall verordnet der Jurist strenge Gebundenheit des Dritten. Die *condictio* stehe dem Schuldner erst zu, wenn der *dominus* nicht genehmigt; daraus folgt, daß, solange die Genehmigung nicht versagt ist, der *T* auch nicht zurücktreten darf. Im zweiten Falle dagegen soll von der Gebundenheit des *T* Abstand genommen und ihm ein Rücktrittsrecht gewährt werden.

Damit fällt der Jurist ein Urteil, das vollkommen der Billigkeit entspricht; andernfalls wäre die Lage für den Dritten eine zu drückende: es stünde ganz beim Prinzipal, willkürlich das Geschäft zu beeinflussen.[34]

[34] vgl. außer unten S. 24 f.: Buchka, S. 211; Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm. Bd. X S. 211.

Während in der Wissenschaft die Richtigkeit der eben[35] charakterisierten Ansicht anerkannt war, hielt die Praxis des gemeinen Rechts[36] doch immer noch an der strengen Gebundenheit des Dritten fest. Immerhin ist es das Verdienst der cit. Schriftsteller, den Weg gezeigt zu haben, den unser B. G. B. zu gehen hatte.

Während das gemeine Recht wenigstens in der Theorie mit Rücksicht auf die Billigkeit dem Dritten in bestimmten Fällen, wie wir gesehen haben, die Macht zugestanden hat, den Kontrakt des stellvertretenden *negotiorum gestor* einseitig wieder aufzuheben, geht das B. G. B. einen Schritt weiter.

Neben der auch noch heute zulässigen Aufhebungsmöglichkeit des Vertrages durch die Kontrahenten, was wir später dartun werden,[37] hat unser Gesetzbuch dem gutgläubigen Dritten aber noch einen besonderen Schutz gewährt, wenn es in § 178 ihm das Recht zugesteht, den mit dem vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Vertrag einseitig zu widerrufen.

Insofern also bedeutet das »Widerrufsrecht«,[38] das unser Gesetzbuch für den gutgläubigen Dritten statuiert, eine wesentliche Neuerung gegenüber dem geltenden gemeinen Rechte. Welche Rücksichten den modernen

---

[35] vgl. oben S. 19, sowie unten S. 24 f.

[36] vgl. Entsch. d. Reichsger. Bd. XVII Nr. 18.

[37] vgl. unten S. 22 ff.

[38] vgl. § 178 B. G. B. Das B. G. B. spricht hier nicht von einem Rücktrittsrecht, sondern gebraucht den obigen Ausdruck. Dies findet darin seine Erklärung, daß in allen Fällen, in denen das B. G. B. vom Rücktrittsrecht spricht, stets ein wirksamer Vertrag vorausgesetzt ist; die Bedeutung der Ausdrücke ist sonst dieselbe.

Gesetzgeber geleitet haben, sprechen die Motive[39] aus:

„Wenn jemand offen erklärt, Vertretungsmacht nicht zu besitzen und ein Dritter sich gleichwohl mit ihm als Vertreter einläßt, so ist die Annahme gerechtfertigt, der Dritte habe sich bereit erklärt, solange gebunden zu bleiben, bis der Vertretene die Genehmigung erteilt oder versagt habe. Tritt dagegen jemand unter Verschweigung des Mangels der Vertretungsmacht als Vertreter auf, so fehlt es auf der Seite des Dritten, der Kenntnis von dem Mangel nicht hat, für jene Annahme an einem zureichenden Grunde; im Gegenteil wird die Regel die sein, daß der Dritte zur Eingehung des Vertrages sich nur deshalb verstand, weil er an das Vorhandensein der Vertretungsmacht glaubte und voraussetzte, daß der Vertrag mit dem Vertretenen sofort und bedingungslos zustande komme. Dem in seiner Voraussetzung Getäuschten muß billigerweise das Recht zugestanden werden, vom Vertrage zurückzutreten."

Hiernach bestimmt § 178 B. G. B.:

„Bis zur Genehmigung des Vertrages ist der andere Teil zum Widerrufe berechtigt, es sei denn, daß er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschlusse des Vertrags gekannt hat."

Hierzu ist zu bemerken, daß das B. G. B. hier nur von Verträgen spricht; aber „einseitige" Rechtsgeschäfte besonders zu erwähnen, war überflüssig, da schon für das gemeine Recht die Unzulässigkeit eines Rücktritts

---

[39] vgl. I S. 243.

bei einem solchen von keiner Seite bestritten wurde; die Quellen sprechen in l. 24[1] D. 46, 8 außerdem obige Regel aus.

Es ist ferner hier zu sagen, daß nach der heutigen Regelung[40] unserer Frage „das Widerrufsrecht" die Regel bilden wird,[41] da in dem Auftreten als Vertreter in den überaus meisten Fällen die Behauptung enthalten sein wird, Vertretungsmacht zu haben.

Noch ein dritter Punkt soll hier zur Sprache kommen. Wenn auch unser Gesetz unter der bekannten Voraussetzung dem *T* ein Rücktrittsrecht zugesteht, so findet dieses Zugeständnis seine Schranke an der Genehmigungsbefugnis des *D*. Denn sobald dieser genehmigt, kann *T* von seinem Recht keinen Gebrauch mehr machen[42] Der Prinzipal kann also stets dem *T* zuvorkommen und dessen Widerrufsrecht sogar noch in den Fällen, in denen er von *G* zur Erteilung der Genehmigung aufgefordert ist, gegenstandslos machen.

Der zweite Teil unseres Paragraphen hat sich mit der Frage zu beschäftigen, „ob die vorläufige Gebundenheit an das stellvertretende Rechtsgeschäft sich auch auf den *gestor* selbst erstreckt; mit anderen Worten: ob nicht der *gestor* berechtigt ist, im Einverständnis mit dem dritten Kontrahenten den für den Prinzipal geschlossenen Vertrag aufzuheben."[43]

Auch hier stehen sich zwei Ansichten hauptsächlich gegenüber. Die Anhänger der einen[44] wollen einen

[40] Schiemann a. a. O. S. 25.

[41] vgl. Planck I zu § 178.

[42] Das B. G. B. sagt: „Bis zur Genehmigung" (§ 178 B. G. B.).

[43] vgl. Mitteis, S. 219.

[44] vgl. Wächter, II. S. 682; Mitteis, S. 221 ff.; Regelsberger,

Aufhebungsvertrag zwischen *G* und *T* als rechtsgültig anerkennen, während die andern sich gegen einen solchen Vertrag geäußert haben.[45]

Die letztere Ansicht führt etwa folgendes für sich ins Feld. Die Kontrahenten erkennen bei dem zu genehmigenden Geschäfte den Genehmigenden als *dominus negotii* an; sie machen sich gleichsam verbindlich, die Genehmigung sich gefallen zu lassen. Würde es gestattet sein, daß die beiden Kontrahenten (*G* und *T*) den zwischen ihnen bestehenden Vertrag aufheben, so läge darin eine Verletzung der Pflichten gegenüber dem Prinzipal. Es folge hieraus, daß, wie der einseitige Rücktritt des *gestor* nicht zuzulassen sei, die Kontrahenten auch bei gegenseitiger Übereinstimmung nicht imstande seien, das schwebende Rechtsgeschäft rückgängig zu machen. Zimmermann[46] insbesondere fügt diesen Gründen noch einen Beleg aus der l. 38 D. III. 5[47] bei; die Zulässigkeit eines Aufhebungsvertrages verstoße nach seiner Ansicht gegen die cit. *lex*, der zufolge man die Lage jemandes ohne dessen Wissen nur verbessern, nie verschlechtern dürfe; durch die Aufhebung des Vertrages seitens der Kontrahenten aber würde die Lage des Genehmigenden in den meisten Fällen insofern verschlech-

---

Vorverhandlungen S. 89 und Pand. S. 599; Vangerow, Pand. III S. 295; Buchka, S. 211; Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm. Bd. X S. 220 bis 239.

[45] vgl. Windscheid, Pand. I § 74[4], II S. 180; Seuffert, Ratihabition S. 40–42; Regelsberger, krit. V. J. Schrift Bd. XI, S. 371; Zimmermann, *neg. gestio* S. 276 ff.

[46] vgl. a. a. O. S. 277.

[47] *„naturalis — — simul et civilis ratis suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse.*

tert, als ihm dadurch die Hoffnung eines event. Vorteils genommen würde. Ferner haben die Anhänger der Ansicht von der Unzulässigkeit eines Aufhebungsvertrages für ihre Meinung l. 58 pr. D. 46, 3 herangezogen [48]

Wie schon l. 24 § 1 D. 46,8, die jene Schriftsteller hier gleichfalls zitieren, nur von einem einseitigen Rücktrittsrecht des *T* spricht,[49] so kann auch l. 58 cit. für unsere Frage nicht in Betracht kommen, da, wie gezeigt,[50] auch hier es sich höchstens um einen einseitigen Rücktritt des *T* handeln kann; es entfällt somit auch diese Stelle als Beweis für die uns hier interessierende Frage.[51]

Dagegen haben Erwägungen allgemeinerer Natur viele Schriftsteller — denn aus den Quellen ist eine Gebundenheit des *gestor* nicht zu entnehmen — zur Annahme der Aufhebungsmöglichkeit des Vertrages zwischen *G* und *T* geführt. Man glaubte aus der Natur der *negotiorum gestio* folgern zu dürfen, daß der *gestor eo ipso* bevollmächtigt sei, den Vertrag mit *T* wieder aus der Welt zu schaffen. Denn, da es nur in der Absicht des *gestor* liegen kann, für seinen Geschäftsherrn günstig zu kontrahieren, so würde eine event. Gebundenheit des *gestor* zu unhaltbaren Konsequenzen führen für den Fall, daß infolge eingetretener Umstände das durch den *gestor* für den Prinzipal begründete Geschäft sich für letzteren nachteilig gestalten würde. Soll es dann nicht in der Macht des *gestor* liegen, die event. üblen Folgen abzuwenden?

---

[48] vgl. oben S. 19.
[49] vgl. oben S. 18.
[50] s. oben S. 18.
[51] vgl. Mitteis S. 219.

Diese Gedanken hat zuerst Mitteis[52] gegen die völlige Gebundenheit angeregt; und m. E. mit Recht. Denn einmal gelangen wir, wie schon ausgeführt, bei der Gebundenheit des *gestor* zu ungerechten und unbilligen Entscheidungen; und dann kann gesagt werden, daß andernfalls überhaupt das nie erreicht werden kann, was die eigentliche *negotiorum gestio* doch bezweckt; d. h. die Gebundenheit des *gestor* würde gegen die Natur des genannten Instituts als einer „mittlerweiligen Interessenvertretung“[53] verstoßen. Hieraus folgt die selbstverständliche Ausnahme, daß der Dritte natürlich dann nicht mit dem *gestor* den Aufhebungsvertrag schließen darf, wenn *T* weiß, daß die Aufhebung nur geschehe, um dem Prinzipal zu schaden.

In ähnlicher Weise sprechen sich die andern Autoren aus, die mit Mitteis einen Aufhebungsvertrag für möglich halten.

Wir kommen demnach zu dem m. E. annehmbaren Resultat, daß der *gestor* sehr wohl in der Lage ist, den zwischen ihm und *T* geschlossenen Vertrag auch wieder aufzuheben. Dem Prinzipal gegenüber liegt hierin keine Verletzung seiner Rechte, aus dem Grunde, weil zwar das Geschäft für ihn begründet, aber die Wirkungen desselben noch abhängig sind von der Genehmigung, die er noch nicht erteilt hat; für den Prinzipal existiert also jenes Geschäft noch gar nicht; Rechte desselben können mithin auch nicht verletzt werden.

---

[52] S. 220 ff.

[53] vgl. Mitteis, S. 220.

Es ist hier, ebenso wie bei dem Rücktritt des *T*, zu untersuchen, bis wann den Kontrahenten die Möglichkeit der Aufhebung ihres Vertrages offen stehen soll. Ebenso wie dort können wir sagen, daß mit der Aufforderung[54] des *T* an *D*, sich über die Genehmigung zu erklären, sie stillschweigend jene Aufhebungsmöglichkeit als aufgehoben betrachten.

Welche Stellung nimmt nun das B. G. B. in unserer Frage ein? Wir werden vergebens nach einer Bestimmung im Gesetzbuch suchen; das B. G. B. hat den Fall nicht ausdrücklich geregelt. Warum? Weil der Gesetzgeber eine solche Bestimmung für überflüssig hielt und die allgemeinen Bestimmungen für ausreichend erachtete. Daß man übrigens bei der Entstehung des B. G. B. eine Regelung hat treffen wollen, zeigt § 123 Abs. 2 des 1. Entwurfes, der ein ausdrückliches Verbot des Aufhebungsvertrages für angebracht hielt. Aber das B. G. B. hat diese Vorschrift nicht aufgenommen; wir sind also genötigt, obige allgemeine Gesichtspunkte als auch für das heutige Recht geltend anzuerkennen und somit auch einem Aufhebungsvertrag zwischen *G* und *T* Rechtsgültigkeit beizulegen.[55]

Das Resultat unseres Paragraphen ist also kurz dieses:

Der Gegner, der sich mit Kenntnis des Mangels der Vertretungsmacht mit dem Vertreter eingelassen hat, ist an den Vertrag gebunden. Ist er in entschuldbarem Irrtum hinsichtlich der Vertretungsmacht

---

[54] vgl. unten S. 39 und § 177 2 B. G. B.

[55] Dies folgt für das B. G. B. schließlich auch aus § 178 (vgl. Planck, I S. 225 f.).

des *gestor* gewesen, so steht ihm die Widerrufsbefugnis zu. Der *gestor* hat die Macht, durch Vereinbarung mit *T* den zwischen ihnen geschlossenen Vertrag zu beseitigen.

---

§ 5.

Wir können uns hier bei dem klaren Urteil der Quellen und bei der demgemäß bestehenden Einstimmigkeit der Ansichten kurz fassen.

L. 24 § 1 D. 46,8 bestimmt ausdrücklich, daß der Tod des *gestor,* ehe das Geschäft genehmigt ist, keinen Einfluß auf die Ratihabitionsmöglichkeit ausübt. „ . . . *an autem et si mortuus fuisset, qui petisset vel furere coeperit, ratum haberi possit, videamus: nam si in universum perinde haberi debet, ac si tuc, cum ratum habeat, per eum bonorum possessionem petat, frustra his casibus ratum haberetur. — . . . rectius itaque dicitur neutram eorum causam impedire ratihabitionem.*“ Der Grund für diese Bestimmung liegt darin, „daß die Wirkung der stellvertretenden *negotiorum gestio* nicht auf einem in der Person des *gestor* erzeugten Rechtsverhältnisse beruht, sondern daß der Rechtskeim in der Person des *dominus* liegt, also von dem Fortleben des *gestor* vollkommen unabhängig ist.“ [56]

Ebenso unerheblich für die Möglichkeit der Vornahme der Ratihabition ist der Tod des Dritten.

---

[56] Mitteis, S. 227; vgl. ferner Entsch. d. Reichsg. Bd. 24 S. 309; Seufferts Archiv Bd. XV Nr. 223.

Die Frage nach der Vererblichkeit ist nach der Regel, daß die Erben in erworbene Rechte ihres Erblassers succedieren, zu bejahen, da auch die Rechtsanwartschaft, die der Dritte durch sein Kontrahieren erlangt hat, auf seine Erben übergeht.[57]

Ein ferneres zwischenzeitliches Ereignis ist der Verlust der Handlungsfähigkeit; es genügt hier die Bemerkung, daß dieses Ereignis ebenso wenig Folgen bei den beteiligten Personen äußert wie der Tod; auch hierfür ist wieder auf l. 24, 1 D. 46,8 zu verweisen.

Daß auch der Konkurs des *gestor* die Ratihabition nicht hindern kann, ergeben gleichfalls die oben angeführten allgemeinen Gründe.[58]

Was den Konkurs des ***T*** angeht, so sagt Mitteis[59] darüber:

> „Bis der *D* ratihabiert, ist das für ihn intendierte Recht im Konkurse des Tertius einem suspensiv bedingten gleichzuhalten; der Tertius ist dem *dominus* unter der Bedingung der Ratihabition schon jetzt verpflichtet."

Also auch der Konkurs des *T* bleibt gänzlich einflußlos.

Für das heutige Recht ist in Ermangelung spezieller Vorschriften das Gleiche zu sagen.

---

[57] Diese Ansicht vertreten: Windscheid, Pand. I § 74; Regelsberger, Pand. I, S. 398; Zimmermann, S. 232; Brinz IV S. 381 u. a. m. A. M. ist Curtius Arch. f. civ. Pr. Bd. 58 S. 107.

[58] vgl. die Literatur ad Note 57.

[59] vgl. S. 233.

§ 6.

Der Gang der Abhandlung hat uns bisher gezeigt, daß ein Geschäft, das ein Vertreter ohne Vertretungsmacht für den Prinzipal abgeschlossen hat, bei sonstiger vollständiger Gültigkeit immer noch einen Mangel zeigt, der die Rechtswirkungen in der Person des Prinzipals noch nicht eintreten läßt Es bedarf erst einer Willensäußerung seitens des letzteren, um jenes Geschäft für ihn wirksam werden zu lassen. Diese Willensäußerung nennt unser B. G. B.[60] nun »Genehmigung« und will damit die durch den *dominus* nach beendeter Geschäftsführung erteilte Legitimation an den *gestor* bezeichnen. Begrifflich ist nach der Terminologie des Gesetzes die Genehmigung eine Art der Zustimmung; zum Unterschiede von der Genehmigung nennt das B. G. B.[61] die vor Abschluß des Geschäfts erteilte Zustimmung: »Einwilligung«.

Nach diesen Vorbemerkungen nun zu dem Begriffe »Genehmigung« selbst.

Der Streit unserer ganzen Lehre beginnt schon bei der Feststellung obigen Begriffes. Wie Pernice[62] klargelegt hat, legen die Quellen der »*ratihabitio*« keinen bestimmten technischen Sinn bei. Es finden sich die Ausdrücke: *ratum habere, ratum manere, valere, esse,* seltener *facere* in Anwendung auf so verschiedene Gebiete, daß Ulpian's in l. 12 § 1 D. 46,8 gegebene Erklärung:

---

[60] vgl. § 184 Abs. 1 B. G. B.
[61] vgl. § 183 B. G. B.
[62] vgl. »Labeo« Bd. I S. 514 ff.

„rem haberi ratam hoc est comprobare agnoscereque quod actum est a falso procuratore“

nicht wohl eine Definition genannt werden darf, aber doch die *ratihabitio* in ihrer hauptsächlichsten Anwendung bezeichnet.

Können uns demnach die Quellen nur einen Fingerzeig aber keine feste Definition geben, so bietet uns die Handhabung der späteren praktischen Juristen schon eher einen Anhalt. Diese verwenden den Ausdruck »*ratihabitio*« nur in ganz bestimmten Fällen und bezeichnen damit: „Die nachfolgende Erklärung eines zur Rechtswirksamkeit einer Handlung erforderlichen Willens.“ [63]

Der Sprachgebrauch wendet nun aber in vielen Fällen den Ausdruck »Genehmigung« an,[64] wo er juristisch wenig zutreffend ist. „Es ist Seufferts Verdienst“, hier die richtige Abgrenzung festgestellt zu haben. Er unterscheidet[65] drei Fälle, bei denen eine nachträgliche Zustimmung sich als notwendig erweist:

1. „Es führt jemand fremde Geschäfte — der Geschäftsherr erteilt seine Genehmigung.
2. Jemand nimmt eine rechtliche Handlung vor, zu deren Vornahme er aus dem Grunde seiner mangelnden Handlungsfähigkeit der Einwilligung eines andern bedarf — dieser letztere erteilt diese Einwilligung nachträglich — er genehmigt.
3. Ein Rechtsgeschäft ist aus irgend einem Grunde

---

[63] vgl. »Labeo« Bd. I S. 514 ff.
[64] Schiemann a. a. O. S. 26.
[65] vgl. Ratihabition S. 3.

ungültig; derjenige, der das Geschäft vorgenommen hat, genehmigt es."

Seuffert[66] stellt alle drei Fälle in Verhältnis zu einander und kommt zu dem Schluß, nur die Zustimmung zu dem unter Ziffer 1 angegebenen Tatbestand als »Genehmigung« zu bezeichnen, während er für Ziffer 2 den Ausdruck »nachfolgende Einwilligung« wählt und die Zustimmung der Ziffer 3 schlechthin als »Bestätigung« bezeichnet.

Wir haben für unser Thema hiernach nur die Zustimmung des Geschäftsherrn, d. i. Genehmigung, näher ins Auge zu fassen.

Da taucht zuerst die Frage auf, wie ist die Genehmigung juristisch aufzufassen. Auch hierüber war man sich nicht einig. Darüber bestand natürlich Einigkeit, daß die Genehmigung ein Willensakt oder genauer ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, das daher keiner Annahme bedarf, aber sonst alle Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts aufweisen muß.

Aber damit war noch nicht die Streitfrage beseitigt, ob wir es bei der Genehmigung mit einem »streng einseitigen« oder mit einem »empfangsbedürftigen« Rechtsgeschäft zu tun haben. Der Streit ist zu gunsten der letzteren Ansicht zu entscheiden. Der Beweis dafür wird an späterer Stelle erbracht werden.[67]

Nach dieser Feststellung erheischt die Frage: Wer ist berechtigt, zu genehmigen? einer Antwort.

---

[66] desgl. Ratihabition S. 7.

[67] vgl. unten S. 42 ff.

Man wird die zunächstliegende Antwort erwarten: derjenige, den *G* und *T* als *dominus* für das Geschäft bestimmt haben, hat als allein in Aussicht Genommener die Ratihabitionsbefugnis. Diese Lösung der Frage ist auch die richtige.

Über die Bestimmung dieser Person hat sich besonders Seuffert in eingehenderer Weise ausgesprochen.[68] Er will *dominus* denjenigen sein lassen, in dessen Person ein subjektives und ein objektives Moment gegeben ist. Die objektive Beziehung sieht er in der Angehörigkeit des Geschäfts zu einer bestimmten Vermögenssphäre, während der *dominus* sich subjektiv aus der Willensrichtung der Parteien bestimme.

Einfach liegt die Situation, wenn beide Momente in einer Person sich vereinigt finden.[69] Wie aber, „wenn die objektive Angehörigkeit eines Geschäfts mit der subjektiven Willensrichtung in Widerspruch steht?“ Seuffert verwendet a. a. O. unter anderen hierfür folgendes Beispiel: „*G* hat den X. als Geschäftsführer im Auge, während Y. objektiv als Geschäftsherr erscheint.“ Hier will der genannte Schriftsteller den objektiven *dominus*, d. h. den Y. das Genehmigungsrecht geben mit der Einschränkung, daß gleichzeitig neben ihm der subjektive *dominus,* X., mitberechtigt ist; die Kollisionsgefahr wird durch die Bestimmung beseitigt, daß der zuerst Genehmigende geschützt wird. Nur für den Fall, daß das Geschäft allein die Vermögenslage des objektiven *dominus* betrifft, gesteht der

---

[68] vgl. Seuffert, Ratihabition § 5 S. 15 ff.

[69] vgl. S. 16 a. a. O.

Jurist demselben auch die alleinige Genehmigungsbefugnis zu.

Gegen diese Ansicht kann nun eingewendet werden, was wir an früherer Stelle[70] bereits klargelegt zu haben glauben. Es hatte sich gezeigt, daß das Geschäft, als in einem eigentümlichen Schwebezustand verharrend, vor der Genehmigung nur zwischen *G* und *T* besteht und für den *D* bis dahin noch gar nicht existiert. Mithin kann für den *D* von einer objektiven Angehörigkeit des Geschäfts zu seinem Interessenkreis gar keine Rede sein; denn alle Wirkungen des Geschäfts schweben noch und werden für den *D* erst existent mit seiner Genehmigung; vorher kann der *D* also weder Rechte noch Pflichten haben.

Für unsere Frage nach dem Subjekt der Genehmigung ist daher allein das subjektive Moment maßgebend, m. a. W.: Genehmigungsberechtigt ist nur der, der durch den Parteiwillen *dominus negotii* ist.

»Muß« dieser *dominus* nun aber auch genehmigen?

Die Frage ist eigentlich überflüssig, da ihre Verneinung selbstverständlich ist. Zu welchen ungeheuerlichen Konsequenzen würde auch wohl ihre Bejahung führen! Man denke z. B. folgenden Fall: Ein *gestor* hat auf Grund einer Zeitungsente, die besagte, ein bedeutendes Bankhaus kaufe die und die Aktien auf, 10000 Stück dieser Papiere für jenes Haus gekauft und macht nun demselben seine Mitteilung mit der Aufforderung, seinen Kauf zu genehmigen. Müßte das Bankhaus nun genehmigen, so kann man sich leicht

[70] vgl. oben S. 13 ff.

erklären, welche unleidlichen Folgen event. eintreten können.

Also an ein »Genehmigenmüssen« seitens des Prinzipals ist nicht zu denken. Dies ergibt sich auch aus der Natur der Genehmigung als eines einseitigen Willensaktes, der nicht erzwungen werden kann. „Eine notwendige Genehmigung gibt es nicht".[71]

Und doch hat man auf Grund der l. 9 D. III. 5 annehmen zu müssen geglaubt, daß der *D* ein *„negotium utiliter gestum"* genehmigen »müsse«: *„et quemadmodum, quod utiliter gestum, apud iudicem necesse est pro rato haberi etc. etc."* Diese Annahme ist jedoch unrichtig. Die Stelle behandelt überhaupt nur das Innenverhältnis zwischen *D* und *G*; indem[72] sie lediglich den *„dominus, cuius negotium utiliter gestum est* mit dem *dominus,* der das *utile gestum* genehmigt, gleichstellt", will sie nur dem *G* eine völlige Schadloshaltung gegenüber dem *D* sichern. Hiernach muß die Beweiskraft der cit. Stelle für eine Verpflichtung des *D* zur Genehmigung entschieden in Abrede gestellt werden.

Der *D* hat es also völlig in seiner Macht, ob er genehmigen will oder nicht.

---

§ 7.

Was die Form der Genehmigung anbetrifft, so ist mit wenig Worten hier das hauptsächlichste gesagt.

---

[71] Seuffert, Ratihabition S. 36.

[72] Seuffert, Ratihabition S. 37, 38.

Auf dem römischen Recht basierend hat auch auf dem Gebiete des gemeinen Rechts kaum über die Formlosigkeit der genehmigenden Willenserklärung Zweifel geherrscht. Wie jede Erklärung kann auch die Genehmigung ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen erfolgen. Wir haben hierfür in l. 5 D. 46,8 einen klaren Beweis:

> *„non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu."*

Inwiefern in einer konkludenten Handlung eine Genehmigung zu erblicken ist, kann allgemein nicht festgestellt werden; es wird sich aber stets aus den konkreten Umständen leicht ergeben.

Liegt auch im bloßen Stillschweigen eine Genehmigung? Die Frage ist zu verneinen, um die nötige Verkehrssicherheit aufrecht zu erhalten. Natürlich kann in dem Stillschweigen eine Genehmigung[73] dann liegen, wenn es zusammen mit einer konkludenten Handlung auftritt[74] (z. B. Zinsenannahme).

Man hat ferner erörtert, ob die Genehmigung dann einer Form bedarf, falls für das zu ratihabierende Geschäft an sich eine Formvorschrift besteht. Wir können diese Frage gleichfalls verneinen, da die Genehmigung als eine vom Hauptgeschäft gänzlich getrennte Willenserklärung nicht von der event. für das Hauptgeschäft bestehenden Formvorschrift mitbetroffen werden kann.

Der Standpunkt des B. G. B. hierfür ergibt sich aus allgemeinen Lehren wie aus einer Spezialvorschrift.

---

[73] Schiemann a. a. O. S. 31.

[74] vgl. Entsch. des R. O. H. Ger. Bd. 12 S. 13; Seuffert, S. 28.

Das B. G. B. wird bekanntlich von dem Prinzip der Formfreiheit beherrscht. Dies spricht also schon im allgemeinen für die Formlosigkeit auch der Genehmigung. Dann aber haben wir im § 182 Absatz 2 die Vorschrift:

„Die Zustimmung bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form."

Wie wir gesehen haben, ist die Genehmigung nur eine Unterart der Zustimmung; obige Vorschrift gilt also konsequenterweise auch für die Genehmigung.

Vorübergehend ist bereits angedeutet worden, daß mit der Genehmigung der Schwebezustand des zwischen *G* und *T* geschlossenen Geschäfts beseitigt wird. Da nun ferner die Genehmigungsbefugnis ganz in die Hand des Prinzipals gelegt ist, so können sich leicht Unzuträglichkeiten ergeben, da der *dominus* bezüglich der Ausübung seiner Befugnis an keine Frist gebunden ist. Es ist aber ein Erfordernis der Billigkeit, hiergegen den ganz der Willkür preisgegebenen Dritten zu schützen.

Was das gemeine Recht anlangt, so finden wir nirgends eine Bestimmung, die dem *dominus* die nötigen zeitlichen Schranken setzt. Hieraus und aus der dringenden Notwendigkeit einer Fristbestimmung haben mehrere gemeinrechtliche Schriftsteller, so vor allen Seuffert,[75] folgern zu müssen geglaubt, „daß es statthaft sei, daß der *gestor* oder der Dritte dem *dominus* eine Frist vorstrecke zur Erklärung, nach deren Ablauf nicht mehr genehmigt werden könne."

---

[75] Ratihabition S. 29, 30.

Dazu traten dann Fälle, in denen es dem Dritten wirklich nicht mehr zugemutet werden darf, der Genehmigung noch Rechtskraft zuzuerkennen. Ein Beispiel möge dies erläutern. Man denke den Fall, daß *G* für *D* mit *T* einen Vertrag auf Lieferung von 100 Tonnen Kirschen für Mitte August abschließt. Die Genehmigung des *D* läßt nun — sagen wir — bis Oktober auf sich warten. Wie soll es dann noch dem *T* möglich sein, seine Vertragsverbindlichkeiten zu erfüllen? Diese Folgen muß die Rechtsordnung zu verhindern suchen; jedenfalls „braucht sich der *gestor* eine solche verspätete Genehmigung nicht gefallen zu lassen, und ebenso kann der dritte Kontrahent solche zurückweisen".[76]

Es wird sich selbstverständlich nur aus den konkreten Umständen — wie dies auch unser Beispiel zeigt — feststellen lassen, wann eine Genehmigungserteilung als verspätet zu gelten hat. Den Quellen war dieser Grundsatz wohlbekannt und wir haben eine Reihe von Aussprüchen, die dies bestätigen.

So will Julian in l. 13 D. 46, 3 folgende Lösung geben:

> *„Ratum autem habere dominus debet, cum primum factus est. Sed hoc ἐν πλάτει et cum quodam spatio temporis accipi debet, sicut in legato, cum de repellendo quaereretur, spatium quoddam temporis adsumitur nec minimum nec maximum et quod magis intellectu percipi quam ex locutione exprimi possit."*

Wir sehen, daß der Jurist verlangt, der *dominus*

---

[76] Seuffert, S. 30.

habe zu genehmigen mit dem Augenblick, wo er von dem Geschäftsabschluß in Kenntnis gesetzt ist. Dieser Satz erfährt aus Billigkeitsrücksichten eine Einschränkung: ἐν πλάτει, d. h. dem *D* soll zur Genehmigungserkläruug stets eine angemessene Frist gesetzt werden, die sich nach der konkreten Sachlage bestimmt.

Ebenso entscheidet sich Ulpian in l. 12 § 2 D. 46, 8, wo er auf die eben cit. *lex* Julians sich stützt.

Die Quellen weisen ferner auf Fälle hin, in denen das Geschäft selbst innerhalb einer festgesetzten Frist vorzunehmen ist, und fragen, ob auch die Genehmigung binnen jener Frist erteilt werden müsse.

Nach den Belegen, die wir für diese Frage in den Digesten finden, müssen wir uns für eine Bejahung aussprechen. So beweist dies l. 24 pr. D. 46 8:

> *„Bonorum possessionem ab alio agnitam ratam haberi oportere eo tempore, quo adhuc in ea causa sit, ut peti possit. Itaque post centesimum diem rata haberi non potest.“*

Afrikan spricht sich also hier entschieden dafür aus, daß die Genehmigung der Agnition bei der *bonorum possessio* innerhalb der für diese Agnition festgesetzten Frist von 100 Tagen zu erfolgen habe. Ebenso entscheidet Marcellus in l. 5 pr. D. 38, 15 für denselben Fall:

> *„praeteritis autem centum diebus frustra ratum habebit“.*

Man muß diesen von den römischen Juristen aufgestellten Grundsatz als richtig bezeichnen; anderfalls hätte die freie Willkür des Prinzipals ein bequemes Mittel, oft zum Schaden der Kontrahenten beliebig

Fristen zu verkürzen, zu verlängern, überhaupt abzuändern.[77]

Wie hat nun das B. G. B. über die Fristbestimmung entschieden?

Eine allgemeine Regel, die dem *dominus* eine feste Frist vorschreibt, kennt das Gesetzbuch nicht; man hat daher auch heute den von uns oben charakterisierten Seuffertschen Standpunkt einzunehmen, wonach eine verspätete Genehmigung unwirksam ist und eine Frist event. für den einzelnen Fall sich aus den Verkehrsverhältnissen, insbesondere nach Treu und Glauben, wird bestimmen lassen.

Insoweit hat also das B. G. B. die Regelung des gemeinen Rechts für ausreichend und maßgebend anerkannt. Aber dennoch können wir hier einen erheblichen Fortschritt des Gesetzes gegenüber dem gemeinen Rechte feststellen.

Dem gemeinen Rechte unbekannt und vom B. G. B. neu eingeführt ist das »Aufforderungsrecht« der Kontrahenten, das denselben Gelegenheit gibt, die Ungewißheit ihrer Stellung gegenüber dem *dominus* zu beseitigen.[78]

§ 177 Absatz 2 lautet nämlich:

„Fordert der andere Teil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen."

Ferner setzt der Satz 2 des Abs. 2 § 177 der Genehmigungserklärung eine Frist von 2 Wochen, indem er verordnet:

---

[77] vgl. Seuffert, S. 33.

[78] s. oben S. 26.

„Die Genehmigung kann nur bis zum Ablaufe von 2 Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert."

Das in § 177 statuierte Aufforderungsrecht zeigt seine große praktische Wirkung auch in der Frage, in welchem Augenblick der *dominus* sein Genehmigungsrecht erworben hat. Steht man auf dem Standpunkt, den wir für den richtigen halten, daß ein Aufhebungsvertrag vor der Genehmigung zwischen *G* und *T* möglich ist, so fällt damit die Ansicht zusammen, daß der *dominus* bereits bei dem Vertragsabschluß des *G* und *T* das Genehmigungsrecht erworben hat. In welchen Zeitpunkt ist also dieser Erwerb zu verlegen? Ich meine, daß das soeben festgestellte Aufforderungsrecht uns die Lösung der Frage bringt. Bis zur Aufforderung braucht der Prinzipal das Geschäft, das für ihn geschlossen wurde, gar nicht zu kennen; erst mit der Mitteilung des *G* oder *T* und dem Ersuchen, sich über die Genehmigung erklären zu wollen, erfährt *D* von der Existenz des Geschäfts; mit diesem Augenblick also kann er dasselbe auch erst genehmigen.

Sehr eng mit der eben erörterten Frage hängt die zusammen: An wen hat der *D* seine Genehmigungserklärung zu richten?

Anschließend an das zuletzt Gesagte können wir für den Fall, daß ein Kontrahent den *D* zur Erklärung über die Genehmigung auffordert, auf Grund der ausdrücklichen Vorschrift des § 177 Abs. 2 Satz 1[79] uns

[79] vgl. oben S. 39.

dahin entscheiden, daß die Erklärung gültig nur dem Auffordernden gegenüber abgegeben werden kann; „eine vor der Aufforderung dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam".[80]

Das B. G. B. hat mit dieser Bestimmung eine Ausnahme von der in § 182 Abs. 1 allgemein aufgestellten Regel gemacht, die für die Zustimmung — *ergo* auch Genehmigung — vorschreibt, daß ihre Erteilung oder Verweigerung sowohl dem einen als dem andern Teile gegenüber erklärt werden kann.

Das gemeine Recht hatte sich allmählich ebenfalls zu dieser Anschauung durchgerungen. Die meisten Schriftsteller haben die Frage gar nicht berührt; erst Zimmermann[81] und Seuffert[82] zeigten, wie streitig dieser Punkt für das gemeine Recht war.

Beide nahmen an, daß die Genehmigung gegenüber jedermann erfolgen könne. Zimmermann will den Beweis für seine Ansicht in l. 66 D. 46,1 sehen:

> *„Si servus alienus pro Titio fidejussit et solvit, liberatur Titius, si dominus mandati contra eum agere instituit: nam qui mandati agit, ratam habere solutionem videtur."*

Der Jurist Paulus behandelt hierin folgenden Fall: Ein fremder Sklave hat für den Schuldner Titius aus dem Vermögen seines Herrn den Gläubiger des Titius befriedigt. Paulus läßt den Titius, d. h. den Schuldner von seiner Verbindlichkeit frei werden, wenn der Herr

---

[80] § 177 Abs. 2, 2. Halbsatz.
[81] S. 158 ff.
[82] S. 114; 139.

des Sklaven die *actio mandati contraria*, d. h. die Klage auf Ersatz der Auslagen erhebt. In der Anstellung dieser Klage erblickt der Jurist die erforderliche Genehmigung. Aus diesem Tatbestand hat Zimmermann[83] nun gefolgert, daß hier von einer Genehmigung gegenüber einem der beiden Kontrahenten keine Rede sein könne. Demgegenüber ist m. E. die Ansicht zu vertreten, daß ein Beweis für obige Folgerung aus der cit. Stelle nicht ersichtlich ist. Denn nicht etwa einem beliebigen Dritten[84] wird durch die Anstellung der *actio mandati contraria* die Genehmigung erklärt, sondern dieselbe richtet sich vielmehr an den Titius, der als Hauptschuldner immerhin ein reges Interesse — wie Zimmermann auch zugibt — an der Genehmigung haben muß. Andererseits kann man diese Stelle auch nicht für die Richtigkeit der für das B. G. B. geltenden Sätze verwenden, da Titius nicht zu den Parteien (*G* und *T*) zu rechnen ist, denen nach § 182 Abs. 1 die Genehmigung erteilt werden kann.

Hier ist der Ort, zu zeigen, daß die Genehmigung ein »empfangsbedürftiges« Rechtsgeschäft ist. Die Gegner dieser Ansicht, zu denen besonders Zimmermann gehört, wollen aus der eben interpretierten l. 66 D. 46,1 ihren Standpunkt als den richtigen beweisen.

Haben wir nun eben gesehen, daß die Folgerung aus der cit. Stelle, die Genehmigung dürfe jedem Dritten gegenüber geäußert werden, falsch ist, so können wir auch den weiteren Schluß Zimmermanns,[85] die Ge-

[83] S. 163.

[84] Schiemann a. a. O. S. 28.

[85] S. 37.

nehmigung als streng einseitige Erklärung zu bezeichnen, nicht als richtig anerkennen.

Für das gemeine Recht hat daher auch schon Regelsberger[86] sich für die Empfangsbedürftigkeit der Genehmigung ausgesprochen.

Das B. G. B. hat letzterer Auffassung zum Siege verholfen, indem es in § 182 Abs. 1 bestimmt, daß die Erteilung der Zustimmung sowohl dem einen als dem andern Teile gegenüber erklärt werden kann.

Nach den bisherigen Ausführungen könnte es so scheinen, als ob das B. G. B. hinsichtlich der Adresse der Genehmigung etwas ganz neues geschaffen hätte. Daß dem nicht so ist, zeigen uns neben einigen Quellenstellen die Arbeiten einzelner gemeinrechtlicher Autoren.

So hat Curtius[87] sich dahin erklärt, daß die Genehmigung gegenüber dem *negotiorum gestor* erfolgen müsse, „weil sie die Nachholung des Auftrages ist".

Mit einer kleinen Modifikation vertritt denselben Standpunkt Regelsberger. In seinen »Vorverhandlungen« S. 3/4 findet sich die Bemerkung:

> „In Verträgen hat nur diejenige Willenserklärung verpflichtende Kraft, welche dem andern Vertragsteil oder seinem Stellvertreter gegenüber abgegeben wird."

In einer Abhandlung im 11. Bande der »Kritischen Vierteljahrsschrift«[88] verweist er auf diesen Satz und will damit sagen, daß die »Genehmigung« sowohl dem

---

[86] Pand. I. S. 597.
[87] Archiv f. civ. Praxis Bd. 58 S. 107.
[88] S. 375.

gestor als dem *T*, aber auch nur diesen beiden gegenüber abgegeben werden kann.

Diese Ansicht erhärtet Regelsberger[89] durch eingehende Beweisführung auf Grund einer ganzen Anzahl von Digestenstellen.

Wir sehen, wie schon im gemeinen Rechte die Regelung sich anbahnte, die unser, heutiges Recht wirklich getroffen hat.

Wir finden in der gesamten älteren Literatur stets auch die Frage nach der Zulässigkeit der »teilweisen« Genehmigung aufgeworfen und beantwortet.

Auch diese Streitfrage ist wieder durch zwei resp. drei sich widersprechende Stellen im *corpus iuris civilis* entstanden. Ganz deutlich sprechen sich für eine Zulässigkeit l. 17 und 18 D. 46, 8 aus.

In l. 17 sagt Marcellus:

„Cum debitore decem creditoris nomine Titius egit: partem petitionis ratam habuit dominus. Dicendum est obligationis partem consumptam, quemadmodum si decem stipulatus esset aut exegisset creditorque non totum, sed partem gestae rei comprobasset. Idcirco si ex stipulatu »decem aut Stichum, utrum ego voluero« absente me Titius domino quinque petisset, insecuta ratihabitione recte actum videri.“

l. 18 D. 46, 8 lautet:

„Si procurator ratam rem dominum heredemve eius habiturum caverit et unus ex heredibus domini ratum habeat, alter non habeat, sine dubio committetur stipulatio pro ea parte, pro qua ratum non habebitur, quia

---

[89] Vorverhandlungen S. 4/5, 9/11.

in id committetur, quod stipulatoris intersit. Nam et si ipse dominus pro parte ratum habuerit pro parte non habuerit, non ultra quam in partem committetur stipulatio, quia in id committitur, quod intersit agentis. Et ideo saepius ex ea stigulatione agi potest, prout intersit agentis, quod litigat, quod consumit, quod advocat, quod damnatus solvit, sicut in stipulatione damni infecti accidere potest, ut is, qui stipulatus sit subinde agat: cavet enim »si quid ibi ruet scindetur fodietur aedificabitur,«"

Einer genaueren Erörterung bedürfen beide Stellen nicht; sie beweisen klar, daß die Römer eine teilweise Genehmigung für möglich und erlaubt hielten.[90] Das gerade Gegenteil behauptet die l. 4 § 1 D. 45, 1, indem dort Paulus ausführt:

„Sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum et solus aget, a quo fuerit petitum, idque et Marcello placuit, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest."

Man hat nun versucht, diese Stelle mit den beiden oben angeführten Zitaten zu vereinigen. Von den äußerst zahlreichen Versuchen seien hier nur die wichtigsten angeführt:

Seuffert[91] will in l. 4 cit. das gleiche Prinzip der Zulässigkeit der teilweisen Genehmigung ausgesprochen finden, wie in den *leges* 17 und 18 cit. Es handele sich in l. 4 cit. nur um eine *stipulatio*, die der *dominus*

---

[90] Ausführlicheres s. Zimmermann, S. 167 ff., und Seuffert, S. 79 ff.

[91] vgl. S. 82—85.

selbst mit der Verpflichtung abgeschlossen habe, daß er und seine Erben genehmigen wollen. Die Ansicht, daß die Stelle von einer *stipulatio* des Prokurators *dominum heredemve eius ratum habiturum* spreche, sei als falsch zurückzuweisen. Des weiteren sei festzulegen, daß der Jurist hier nur die Frage beantworten will, ob bei teilweiser Genehmigung die *„stipulatio ratum se habiturum“ in toto* oder *pro parte* verletzt sei; über die Zulässigkeit einer teilweisen Genehmigung spreche sich der Jurist gar nicht aus. Erst durch Umkehrung könne man zu folgendem Resultat kommen[92]: „Der Dominus, der in Stipulationsform die Genehmigung einer Prozeßführung durch seinen *procurator* versprochen hat, kann teilweise genehmigen . . . .“

Im Gegensatz zu den Quellen steht Seuffert persönlich auf dem Standpunkt, daß grundsätzlich eine teilweise Genehmigung nicht statthaft sei. Denn es würde zu Unbilligkeiten gegenüber dem *gestor* oder *T* führen, wollte man dem *D* dies Recht einräumen; er könnte auf diese Weise ihm nicht bequeme Bestimmungen des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts sehr leicht umgehen oder gar das Geschäft zunichte machen.

Andererseits kann Seuffert aber nicht umhin, sich mit den Quellen abzufinden, und so konstatiert er nun drei Fälle, in denen im römischen Recht teilweise Genehmigung zulässig war[93]:

a) Einklagung einer Forderung durch einen *procurator*.

---

[92] vgl. oben S. 86.

[93] vgl. S. 88/89.

b) Stipulation durch den *procurator*.

c) Außergerichtliche Einkassierung einer Forderung durch einen *procurator*."

Für das gemeine Recht waren schon die Fälle a und b nicht mehr praktisch, während im Falle c Seuffert[94] die Zulässigkeit einer teilweisen Genehmigung für äußerst bedenklich hält.

Auch Zimmermann[95] kann nicht an einen Widerspruch der cit. Stellen glauben, schon aus dem Grunde nicht, weil sich Paulus in l. 4 cit. gerade auf Marcellus berufe, der doch mit seinem eigenen Ausspruch[96] sich nicht in Widerspruch setzen könne. — Im übrigen will auch Zimmermann das Prinzip der Unzulässigkeit der teilweisen Genehmigung anerkannt haben. Jedoch macht er im Gegensatz zu Seuffert für die Fälle eine Ausnahme, in denen mit Sicherheit angenommen werden könne, daß eine teilweise Genehmigung die Interessen der Kontrahenten nicht schädige.

Was sonstige Lösungsversuche angeht, so sei dafür auf die Ausführungen bei Zimmermann[97] und Seuffert[98] verwiesen; ein näheres Eingehen würde hier zu weit führen.

Daß im Wege der freien Parteivereinbarung eine teilweise Genehmigung zugelassen werden kann, braucht nicht erst bewiesen zu werden; es ist selbstverständlich, daß die Genehmigung sich mit Einwilligung der Be-

---

[94] S. 90.
[95] S. 167—187.
[96] l. 17 D. 46, 8 (s. oben S. 44).
[97] S. 170 ff.
[98] S. 87.

teiligten nur auf einen Teil des Geschäfts erstrecken kann.

Man muß hiernach bei der mangelnden sicheren Begründung aus den Quellen zu dem Schluß gelangen, daß jedenfalls ein allgemeines Prinzip der Teilbarkeit der Genehmigung sich nicht herleiten läßt; vielmehr kann man den gemeinrechtlichen Schriftstellern zustimmen, die die Unzulässigkeit der teilweisn Genehmigung im Prinzipe statuieren wollen."

Dasselbe hat für das heutige Recht zu gelten. Das B. G. B. hat sich zwar selbst nicht mit der Frage der Zulässigkeit der teilweisen Genehmigung befaßt; es haben also vorkommendenfalls allgemeine Gesichtspunkte über die Teilbarkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts usw. eine Regelung zu ergeben; aber die Motive[100] haben doch die Unzulässigkeit einer solchen Genehmigung ausgesprochen; „solchenfalls würde ein anderes Geschäft genehmigt, als zur Genehmigung verstellt ist". Damit sprechen die Motive aus, daß der teilweisen Genehmigung schon die Rücksicht auf den Dritten entgegensteht, dem doch nur zugemutet werden kann, das von seinem Vertreter abgeschlossene Geschäft so zu genehmigen, wie derselbe es für ihn, den Prinzipal, kontrahiert hat. Es ist ferner klar, daß die teilweise Genehmigung eines vollmachtlos geschlossenen Rechtsgeschäftes da ausgeschlossen ist, wo sie schon wegen der logischen Unteilbarkeit des Geschäftsinhaltes unmöglich ist. Nur dort ist teilweise Genehmigung statt-

---

[99] vgl. Mitteis, S. 216.

[100] vgl. Bd. I S. 242.

haft, wo die teilweise Geltung des Geschäftes nachweisbar keinerlei Interesse des Dritten verletzt; ebenso selbstverständlich ist teilweise Genehmigung dort zuzulassen, wo mehrere innerlich nicht miteinander zusammenhängende Rechtsgeschäfte den Vertretungsakt ausmachen und die Genehmigung nur eines dieser Geschäfte betrifft.

Heute muß also der Satz gelten: die Genehmigung ist regelmäßig nur dann wirksam, wenn sie sich auf den ganzen Inhalt des vollmachtlosen Geschäftes bezieht.

---

§ 8.

Während die zur Erörterung stehenden Ereignisse, wenn sie bei *G* oder *T* eintreten,[101] wie wir gesehen haben, keinen Einfluß haben, ist die Frage, was die Person des *D* anbetrifft, sehr bestritten.

Können auch die Erben des *D* ratihabieren?

Für das römische Recht sind die Meinungen nicht einig; das gemeine Recht hat wohl die Vererblichkeit der Genehmigungsbefugnis anerkannt. Nur wenige Schriftsteller bezweifelten die Vererblichkeit und riefen dadurch einen heißen Kampf hervor. Im Lager der Gegner der Vererblichkeit ragen besonders Buchka[102] und Brinz[103] hervor. Beide vertreten dieselbe Anschauung, daß das Recht zur Genehmigung als ein bloßes Wahl-

---

[101] s. oben § 5.
[102] Stellvertretung S. 212.
[103] Kritische Blätter S. 40.

recht ein rein persönliches Recht bilde, aber kein Vermögensrecht und daher zur Erbschaft auch nicht gehören könne.

Diese Anschauung ist jedoch widerlegt worden. Neben Windscheid[104] ist besonders Seuffert gegen Buchka vorgegangen. Er hat gezeigt, daß Buchka im Irrtum ist, wenn er annimmt, daß die Genehmigungsfähigkeit deswegen auf die Erben übergeht, weil sie in dieselbe als in ein erworbenes Recht des Erblassers succedieren. Die Vererblichkeit erkläre sich vielmehr daraus, daß „der Erbe kraft des vererbten Verhältnisses der *gestio* aus seiner Person" die Genehmigungsfähigkeit erwerbe.[105]

Auch eine Digestenstelle scheint diese Vererblichkeit ablehnen zu wollen; l. 7 D. 46, 8:

> *„Si is, cui ignoranti petita est bonorum possessio, decesserit, heres eius intra tempora petitionis ratam eam habere non potest.*

Mit der Beweiskraft dieser Stelle für unsere Frage ist es aber recht schwach bestellt. Denn der Jurist konstatiert hier bloß die Unvererblichkeit der Ausübung des Delationsrechtes; die Delation einer Erbschaft ist nach römischem Recht ein höchstpersönliches Recht und als solches natürlich unvererblich. Mit keinem Worte aber wird hier erwähnt, daß den Erben die Fähigkeit, zu ratihabieren, überhaupt abzusprechen ist.

Hiernach ist entschieden der Meinung der Vorzug zu geben, die sich für die Vererblichkeit der Ge-

---

[104] Pand. II § 313 S. 179.

[105] Seuffert, S. 27: Ausführlichere Widerlegung der Buchkaschen Lehre in Anm. 12 Abs. 2.

nehmigungsbefugnis ausspricht; sie hat in den Quellen ihren Stützpunkt und in der Literatur die meisten Schriftsteller für sich.

Als Quellenbelege dienen hier: l. 18 D. 46, 8:

„Si procurator ratam rem dominum heredemve eius habiturum caverit . . .“

und l. 4 § 1 D. 45, 1:

„Sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione Titium heredemque eius ratum habiturum . . .“ [106]

Beide Stellen zeigen an ihrem Wortlaut, daß sie die Vererblichkeit der Genehmigungsbefugnis voraussetzen, beide Stellen setzen *dominus* und *heres* gleich.[107]

Soweit die Quellen. Auch allgemeine Erwägungen führen uns zu demselben Resultat.

Die Situation ist sofort klar, wenn man mit Zimmermann[108] der Ansicht ist, die Ratihabition sei ein eigentümliches Recht des Prinzipals. Ist dies der Fall, so haben selbstverständlich nach den Grundsätzen des Erbrechts auch die Erben das Recht, zu genehmigen, es sei denn, daß es sich um höchstpersönliche und unvererbliche Rechte des Erblassers handelt.

Fraglich ist jedoch, wann dem *D* dieses Recht zustehen soll; erwirbt er es schon mit dem Abschluß zwischen *G* und *T* (so wollte es die gemeinrechtlich herrschende Theorie) oder können noch andere Möglichkeiten in Betracht kommen?

---

[106] vgl. ferner: l. 58 § 1 D. 46, 3, l. 23 D. III 5, l. 65 § 8 D. 27, 2, l. 22 § 6 D. 46, 8.

[107] vgl. Seuffert, S. 26, 27; Mitteis, S. 288 ff.; Zimmermann, S. 233; Regelsberger, Pand. S. 598 u. kr. V. J. Schrift XI, 367.

[108] S. 234.

Alle diejenigen, die in dem Vertrage zwischen *G* und *T* eine Offerte an *D* erblicken, müssen dieser Theorie gemäß[109] den Erben das Genehmigungsrecht versagen. Da der *dominus* erst mit seiner Genehmigung das im Vertrag Bestimmte erworben hätte und die Erben nur in bereits erworbene Rechte des Erblassers eintreten können, kann von einem Übergang des Genehmigungsrechtes auf die Erben keine Rede sein.[110]

Wir waren[111] zu der Ansicht gelangt, daß erst die Benachrichtigung von dem abgeschlossenen Vertrage seitens der Kontrahenten und die Aufforderung zur Genehmigung dem *D* definitiv das Genehmigungsrecht gibt.

Darnach können wir für die Vererblichkeit dieses Rechtes folgende Unterscheidung machen. Ist der Tod des *D* nach der Benachrichtigung desselben vom Vertrage erfolgt, so können die Erben genehmigen; stirbt *D* aber vorher, so steht es immer noch im Belieben der Parteien, die Möglichkeit einer Rechtsanwartschaft dadurch zu vernichten, daß sie einen Aufhebungsvertrag schließen. Geschieht dies nicht und erfolgt eine Benachrichtigung der Kontrahenten an die Erben, so sind dieselben jetzt natürlich in den Stand gesetzt, zu genehmigen.

Aus diesen Ausführungen glauben wir bewiesen zu haben, daß eine Vererblichkeit der Genehmigungsbefugnis sehr wohl denkbar und gestattet ist.

---

[109] Schiemann, a. a. O. S. 38.

[110] So Buchka, S. 212, 213; Vangerow, Pand. III § 608; Curtius, Archiv für ziv. Pr. Bd. 58; dagegen: Seuffert, S. 27.

[111] vgl. oben S. 39—40.

Für das B. G. B. gilt das oben gewonnene Resultat gleichfalls.

Es mag hier noch einmal der Übersichtlichkeit halber hervorgehoben sein, daß die allgemeine Regel von einigen Ausnahmen durchbrochen wird. Soweit es sich nämlich um höchstpersönliche oder unvererbliche Rechte des Erblassers — Prinzipals — handelt, ist selbstverständlich an eine Genehmigung durch die Erben nicht zu denken. Das Gleiche wird der Fall sein, wenn die Parteien stillschweigend oder ausdrücklich vereinbart haben, daß »nur« der Prinzipal genehmigen solle.

Die Genehmigung erfordert als »Willenserklärung« alle Voraussetzungen derselben. Es ist also selbstverständlich, daß der Genehmigende z. Zt. der Abgabe der Genehmigungserklärung geschäftsfähig sein muß. Tritt hierin in dem bezeichneten Moment eine Änderung ein, ist z. B. dann der *D* wahnsinnig, so kann er natürlich nicht genehmigen. Statt seiner übt in solchen Fällen der gesetzliche Vertreter *(curator)* das Genehmigungsrecht aus. Dies war schon für das römische Recht klar;[112] aber auch hier ergeben sich insofern wieder Ausnahmen, als der *curator* hinsichtlich der Ausübung der Genehmigungsbefugnis für den Prinzipal nur soweit berechtigt ist, als es sich um Rechtsgeschäfte handelt, bei denen er den Prinzipal vertreten darf.

Das B. G. B. hat dieselben Grundsätze. Für den Geschäftsunfähigen resp. beschränkt geschäftsfähigen

---

[112] vgl. l. 1, 9, l. 2 D. 15, 4. l. 5, 18, l. 6, l. 7 pr. D. 14, 3.

Geschäftsherrn genehmigt der gesetzliche Vertreter;[113] im Falle der beschränkten Geschäftsfähigkeit kann sogar der *dominus* selbst sein Recht ausüben, wenn er dafür die schriftliche Erlaubnis seines gesetzlichen Vertreters beibringt. (§ 111 B. G. B.)

Es bleibt noch übrig, dem Konkurse des *D* einige Worte zu widmen. Haben hier Konkursverwalter oder Konkursgläubiger das Recht der Genehmigung?

Nach der von uns vertretenen Auffassung, daß *D* erst mit der Aufforderung des *T* das Genehmigungsrecht erwirbt, kommen wir zu folgender Lösung.[114]

Ein Geschäft, von dessen Abschluß durch den *gestor* der Prinzipal vor der Konkurseröffnung erfahren hat, kann der *dominus* genehmigen. Tritt nun der Fall des Konkurses ein, so ist es natürlich, daß die Gläubiger resp. der Verwalter jetzt das Recht des *D* ausüben können. Denn mit der Aufforderung an *D* steht diesem zweifellos das Recht zu, zu genehmigen; mit diesem Augenblicke gehört dies Recht auch zur Vermögenssphäre des *dominus*. Soweit die Konkursmasse das Vermögen des Kridars umfaßt, gehört auch das Genehmigungsrecht als Bestandteil des Vermögens zur Masse.

Das Gegenteil ergibt sich, wenn die Aufforderung an *D* erst nach Konkurseröffnung geschieht.[115] Z. Zt. der Eröffnung bestand ein Recht des *D* noch nicht;[116]

---

[113] vgl. § 1627 ff. B. G. B.

[114] vgl. zu dieser Frage die Ausführungen bei Zimmermann, S. 242, 243, und Mitteis, S. 233 ff.

[115] Schiemann, a. a. O. S. 42.

[116] vgl. § 1 Abs. 1 K. O.

was nach der Eröffnung entsteht, gehört aber nicht zur Konkursmasse, kann also auch keiner Verfügung der Konkursgläubiger resp. des Verwalters unterworfen sein.

---

§ 9.

Bis zur Genehmigung befindet sich das Geschäft in der Schwebe; erst die Erteilung resp. Verweigerung der Genehmigung entscheidet endgültig über das Schicksal des Rechtsgeschäfts.

Wird die Genehmigung nun gültig erteilt, so fragt es sich, wie dieselbe wirkt. Im allgemeinen können wir sagen, daß das Rechtsgeschäft mit dem Augenblick der Willensäußerung des *dominus* für ihn rechtsbeständig wird; jetzt erst wird dasselbe ein Bestandteil seiner Interessensphäre Wir hatten gesehen, daß das Geschäft an sich bereits zwischen *G* und *T* perfekt abgeschlossen war und nur die Wirkungen desselben noch ungewiß waren; diesen Zustand der Ungewißheit beseitigt die Genehmigung; das Geschäft wird von dem Mangel befreit, der ihm bis zur Genehmigung anhaftete. Das Geschäft wird nach der Genehmigung so behandelt, als wenn es mit der Vollmacht des Genehmigenden abgeschlossen wäre.[117]

Diese Wirkungen erkannte auch das gemeine Recht an; es hatte dem römisch-rechtlichen Grundsatz: *„rati-*

---

[117] vgl. Windscheid, I S. 315, 5 und die dort angegebene Literatur; ferner Goldmann und Lilienthal, § 55, Griesinger, S. 31, 53, Zimmermann, S. 187—191.

habitio mandato comparatur“ eine allgemeine Gültigkeit zuerkannt. Diese Regel stützt sich auf l. 12 4 D. 46, 3 und l. 60 D. 50, 17. Der sich aus dem Widerspruch dieser Stellen erhobene Streit[118] darüber, „ob die Genehmigung das Verhältnis der Geschäftsführung in ein Mandat verwandelt“, ist schon für das römische Recht von sehr geringer Bedeutung und ist heute und für unser Thema gänzlich ohne jedes Interesse.

Eine eingehendere Darstellung als den regelmäßig eintretenden Folgen der Genehmigung wird nun der Frage nach der »rückwirkenden Kraft« derselben gewidmet werden müssen.

Daß die Genehmigung überhaupt zurückwirkt, war wohl weder im römischen noch gemeinen Recht streitig. Das Justinianische Recht hatte sogar in l. 25 C. V. 16 darüber eine ausdrückliche Vorschrift:

> *„Sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora opportet, in quibus contracta sunt.“* [119]

Windscheid[120] erkennt der Ratihabition schlechthin rückwirkende Kraft zu, man könne dies zwar nicht aus allgemeinen Gründen herleiten, sondern es müsse durch eine positive Vorschrift bestimmt sein.

Auch Seuffert[121] ist entschieden für eine prinzipielle Rückwirkung der Genehmigung. Das Geschäft sei vollgültig schon z. Zt. des Abschlusses gewesen. Daraus folge, daß der Umfang des Geschäfts, die Reihenfolge

---

[118] Seuffert, S. 49, 52.

[119] Ähnliches bestimmen: l. 7 pr. C. IV 28 und für das kanonische Recht c. 10 in VI. 5, 13.

[120] Pand. § 74 S. 314.

[121] S. 69 ff.

etwa vorgenommener mehrerer Geschäfte und die Rechte auf Zinsen und Früchte aus der Zwischenzeit sich nach der Zeit des Abschlusses richten.

Zimmermann[122] spricht sich folgendermaßen aus: Seiner Ansicht nach sei vor der Genehmigung das Rechtsgeschäft schon perfekt und nur die Wirkungen desselben seien noch ungewiß. Die rückwirkende Tatsache stehe nicht in ursächlicher Beziehung zur Vergangenheit, sondern habe einerseits Aufklärung über den vergangenen Zustand zu bewirken, andererseits sei sie ein rechtliches Erfordernis des durch sie klargelegten wahren Zustandes.

Neben diesen Autoren erklären sich die namhaftesten Schriftsteller[123] für eine Rückwirkung der Genehmigung.

Ist man sich darüber einig, daß eine Rückziehung überhaupt stattfindet, so herrschte im gemeinen Recht ein um so größerer Streit über die Bedeutung dieser Retrotraktion, der eine befriedigende Lösung bisher kaum gefunden hat.

Man geht bei dieser Betrachtung von verschiedenen Quellenstellen aus; so will man aus l. 25 C. V 16, l. 7 pr. C. IV 28, l. 25 § 1 D. 46, 8, l. 58, 2 D. 46, 3 und l. 71, 1/2 D, 46, 3 eine bestimmte Bedeutung der Rückwirkung heraus interpretieren. Hierbei stieß man nun auf einen Widerspruch in l. 71 und l. 25 § 1 cit., dessen Beseitigung zu vielen Streitfragen geführt hat.

---

[122] S. 201 ff.

[123] vgl. die Literaturangabe bei Zimmermann, S. 194.

Windscheid[124] hat bemerkt, daß der ganze Streit sich im Grunde auf folgende Alternative zuspitzt:

a) „Liegt die Bedeutung der Retrotraktion der Genehmigung darin, daß das Rechtsverhältnis, auf dessen Erzeugung das genehmigte Rechtsgeschäft gerichtet ist, als von diesem erzeugt angesehen wird“ oder

b) „Ist das die Bedeutung der rückwirkenden Kraft der Genehmigung, daß das Rechtsverhältsnis als ein erst mit der Genehmigung entstandenes in die frühere Zeit zurückübertragen wird?“

Die erstere Ansicht findet ihren quellenmäßigen Stützpunkt in l. 71 § 1, 2 D. 46, 3 und l. 58 § 2 *eodem;* die zweite Alternative nimmt Ausgang von l. 24 pr. D. 46, 8 und l. 25 D. 46, 8.

Man hat in dieser Unterscheidung, wie Windscheid[125] sagt, es nicht nur mit einem Streit von rein theoretischem Interesse zu tun, sondern beide Ansichten divergieren praktisch darin, daß Fall a streng für das Prinzip der Rückwirkung eintritt und der Genehmigung Wirkung zuspricht, „auch wenn zu ihrer Zeit die Bedingungen des Zustandekommens des gewollten Rechtsverhältnisses nicht mehr vorhanden sind“, während die Meinung im Falle b die Genehmigung infolge inzwischen eingetretener Veränderungen wirkungslos macht.

Für das gemeine Recht mühte man sich nun besonders ab, den in l. 71 und l. 25, 1 cit. enthaltenen Widerspruch zu lösen.

---

[124] Pand. § 74 Note 6 S. 314.
[125] Pand. § 74 Note 6 S. 314.

Celsus sagt in l. 71, 1 D. 46, 3:

„*Si fideiussor procuratori creditoris solvit et creditor post tempus, quo liberari fideiussor poterit, ratum habuit, tamen quia fideiussor, cum adhuc ex causa fideiussionis teneretur, solvit, nec repetere potest, nec minus agere adversus reum mandati potest quam si tum praesenti dedisset.*“

Dagegen schreibt Afrikan in l. 25 D. 46, 8:

„*Procurator cum ab eo aes alienum exegerat, qui tempore liberaretur, ratam rem dominum habiturum cavit; deinde post tempus liberato iam debitore dominus ratam rem habet. Posse debitorem agere cum procuratore existimavit, cum iam debito liberatus sit.*“

Einige Versuche, die beiden Stellen zu vereinigen, seien hier angeführt.

Ruhstrat[126] konstruiert den Fall der l. 71 so, daß er den Dritten an einen »generellen« *negotiorum gestor* des Gläubigers seine Erfüllungsleistung tun läßt; l. 25 dagegen behandele die Leistung an einen »Spezialgestor«; im ersten Falle erzeuge die Leistung für den Gläubiger stärkere Wirkungen, als im Falle der Leistung an einen Spezialgestor; deswegen könne auch die Lage des Gläubigers durch eine inzwischen eintretende Verjährung der Forderung gar nicht berührt werden.

Man muß dieser Ansicht gegenüber bemerken, daß die Stellen gar keinen Anhalt bieten, eine Unterscheidung zu machen zwischen generellem oder speziellem *gestor;* es heißt in den Stellen einfach »*procurator*«; man kann also annehmen, es handele sich in »beiden«

---

[126] vgl. Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 S. 229—233; S. 237, 238.

Stellen um einen generellen »oder« speziellen Vertreter; aber in der Person des *procurator* zwei verschiedene Personen zu erblicken, ist nicht denkbar und auch wohl sehr gezwungen.[127]

Köppen[128] will einem Widerspruch der Stellen auf folgende Weise entgehen:

> „Auf dem Grundsatz, daß durch die Rückziehung ein untergegangenes Rechtsverhältnis nicht wieder zur Existenz kommen kann, beruht die Entscheidung der l. 25 § 1 D. *rat. rem hab.* (46, 8), mit der l. 71 § 1 D. *de solut.* (46, 3) nicht, wie man behauptet, in Widerspruch steht; denn in dieser Stelle handelt es sich um die Ratihabition einer »Zahlung«, die der Bürge noch in der Zeit seiner Bürgschaft gemacht hat, nicht um die Ratihabition einer »Bürgschaft«, die nur bis zu einem bestimmten Termine übernommen ist, diese hätte vor Ablauf des Termins erfolgen müssen; für jene ist der Termin ganz irrelevant."

Auch diesen Versuch kann man mit Zimmermann[129] als nicht gelungen bezeichnen. Denn die Annahme Köppens, in l. 25 schließe der *gestor* außer der Erfüllungsannahme noch einen Vertrag, der gleichzeitig erst die Schuld begründe, muß als nicht richtig zurückgewiesen werden. Davon steht in den Worten Afrikans gar nichts: vom *gestor* wird nur gesagt *exegerat*, d. h. er nimmt für den *D* die Erfüllung an.

---

[127] vgl. Zimmermann, S. 258, 259.
[128] Der *obligator.* Vertrag unter Abwesenden, Anm. 207.
[129] vgl. S. 260.

Schließlich sei noch der Seuffertsche Standpunkt[130] hierher gesetzt. Er weist darauf hin, daß der Bürge in l. 71, 1, auch wenn er nach Ablauf seiner Haftpflicht zahle, die *condictio indebiti* nicht mehr anstellen könne. Die Haftung des Bürgen sei zwar erloschen, aber die Schuld selbst bestehe doch fort; der Bürge könne durch die nach Ablauf der für seine Haftung bestimmten Zeit erfolgte Genehmigung jedenfalls nicht besser gestellt werden, als wenn er z. Zt. der Genehmigung gezahlt hätte. Der Unterschied des in l. 71, 1 entschiedenen Falles von dem Falle der l. 25, 1 liege darin, daß der Schuldner in l. 25, 1, wenn er z. Zt. der Genehmigung zahlte, die *condictio indebiti* habe, der Bürge der l. 71, 1 dagegen nicht.

Dieser Auslegung ist entgegenzuhalten, daß Seuffert sich irrt, wenn er die Zahlung des Bürgen als Erfüllung der Hauptschuld ansieht, davon kann aber keine Rede sein; denn der Bürge hat *ex causa fideiussionis* gezahlt und zwar nicht im Namen des Hauptschuldners, sondern *suo nomine*.[131] Ein weiteres Mißverständnis Seufferts liegt in der Deutung der Worte der l. 71, 1: *„si tum praesenti dedisset"*. Er bezieht diesen Satz auf die Zeit der Genehmigung durch den Gläubiger, während das »*tum*« doch richtiger den Zeitpunkt bezeichnen will, als der Bürge dem *procurator* zahlte.[132]

Die Nebeneinanderstellung der Hauptlösungsversuche hat uns gezeigt, daß keiner von ihnen zu einem befriedigenden Resultat kommt. Wir müssen daher

---

[130] vgl. S. 33—35.

[131] Zimmermann, S. 262—264.

[132] Seuffert wird widerlegt auch durch Scheller, S. 32.

mit Windscheid[133] und Zimmermann[134] wohl der Ansicht sein, daß der Widerspruch der zitierten Stellen unlösbar ist. Zimmermann erklärt sich denselben aus dem Gegensatz der Rechtsschulen: der Sabinianer und der Prokulejaner; denn l. 25 § 1 cit. stammt von dem Sabinianer Afrikan, während in l. 71, 1 cit. der Prokulejaner Celsus seine Meinung äußert.

Was hat nun aber Justinian mit der schon früher citierten l. 25 C. V, 16 gegenüber jenen Stellen sagen wollen?

Windscheid[135] ist der Meinung, daß auch Justinian um den Widerspruch der beiden Stellen gewußt hat, und, um denselben endgültig zu beseitigen, habe er mit den Worten *„ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet quibus contracta sunt“* sich strikt auf den Standpunkt des Celsus gestellt, d. h. strenge Rückwirkung verordnet.

Die Vertreter[136] der Anschauung, daß die Rückwirkung sich auf den Parteiwillen — entweder des *G* und des *T* oder des *D* und *T* — gründe, lassen die Wirkungen des Vertrages erst mit der Genehmigung eintreten; sie fingieren aber, daß dieselben bereits bei dem Abschlusse zwischen *G* und *T* eingetreten sind.[137] Man kann dieser rückwirkenden Kraft daher nur obli-

---

[133] S. 314 Anm. 6.

[134] S. 258 ff.; vgl. ferner im allgemeinen Seuffert, S. 76 und Mitteis, S. 260 ff.

[135] S. 314 Anm. 6.

[136] Dernburg, Pand. I S. 192; Mitteis, S. 244; Buchka, S. 211; vgl. auch Savigny, System IV S. 588.

[137] Schiemann, a. a. O. S. 46.

gatorische Wirkung beimessen; sie wirkt Dritten gegenüber überhaupt nicht.

Das B. G. B. hat gleichfalls den Grundsatz der rückwirkenden Kraft anerkannt, indem es in § 184 ganz allgemein bestimmt:

> „Die Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist."

Es ist hiernach allerdings den Parteien gestattet, die Rückwirkung auszuschließen; aber soweit dies nicht geschieht, bewendet es bei obiger allgemeiner Regel.

Bedeutet nun diese Vorschrift, daß die Rückwirkung nur nach innen zwischen den Parteien Wirkungen hervorruft, oder ist jene Regel auch von Dritten zu beachten?

Wir werden, zumal die Motive sich deutlich aussprechen, zu dem Resultat kommen, daß die von Windscheid und den cit. Schriftstellern vertretene Ansicht[138] auch vom B. G. B. aufgenommen ist; der andern Auffassung ist entgegenzuhalten, „daß sie den Interessen der Beteiligten einerseits, andererseits dem Prinzip des B. G. B., der Erstrebung größtmöglichster Verkehrssicherheit, widerspricht."[139]

Die Motive[140] zeigen, daß § 184 B. G. B. die dingliche Wirkung hat regeln wollen:

> „Der Genehmigung ist des weiteren nicht die Bedeutung beigelegt, daß die rechtlichen Wirkungen des Vertrags erst mit der Erteilung der

---

[138] vgl. oben S. 58 ff.
[139] vgl. Junker, S. 24.
[140] Bd. I S, 242.

Genehmigung eintreten, die Parteien aber verpflichtet sind, sich so zu behandeln, als seien die Wirkungen bereits mit dem Vertragsschluß eingetreten. — Die Erteilung der Genehmigung muß vielmehr die Folge haben, daß der Vertrag sowohl unter den Parteien „wie Dritten gegenüber" so behandelt wird, als habe der Vertreter z. Zt. der Schließung derselben Vertretungsmacht gehabt."

Übrigens ergibt auch schon der Wortlaut des § 184 B. G. B. dieselbe Auffassung. Der Gesetzgeber faßt seine Bestimmung so ab: „Die Genehmigung wirkt zurück."[141] Ein Vergleich mit dem § 159, der die Rückwirkung der Bedingung regelt, läßt sofort erkennen, daß im Gegensatz zu § 159 der § 184 die dingliche Wirkung im Auge hat. In § 159 B. G. B. drückt das Gesetz die obligatorische Wirkung der rückwirkenden Kraft der Bedingung in den Worten aus: „Die Beteiligten sind verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären." Die Fassung in § 184 jedoch ist eine ganz andere und sicherlich mit Vorbedacht gewählt; es liegt darin entschieden die dingliche Wirkung ausgedrückt, d. h. mit dem Augenblick der Genehmigung hat jeder Dritte das abgeschlossene Geschäft so gegen sich gelten zu lassen, als wenn der Vertretene selbst handelnd aufgetreten wäre.

---

[141] Schiemann, a. a. O. S. 47.

§ 10.

Da naturgemäß zwischen Geschäft und Genehmigung in den weitaus meisten Fällen ein längerer Zeitraum liegen wird, der Gelegenheit bietet, inbetreff des Gegenstandes rechtswirksame Handlungen vorzunehmen, so haben wir uns auch mit der Frage zu beschäftigen, inwieweit durch die Rückziehung eventuell in der Zwischenzeit erworbene Rechte dritter Personen berührt werden.

Da finden wir denn überall in der Literatur[142] vorherrschend die Ansicht vertreten, daß der Rückwirkung nicht die Kraft beigelegt werden darf, etwa erworbene Rechte dritter Personen wieder illusorisch zu machen. Wollte man anderer Ansicht sein, so würde dies zu unleidlichen Konsequenzen führen; die Verkehrssicherheit würde sehr gefährdet werden. Es wäre dann dem Genehmigenden ein leichtes, ihm unbequeme Verfügungen zu seinen gunsten aus der Welt zu schaffen. Dies kann die Rechtsordnung nicht zulassen und muß daher mit Recht eine Ausnahme der rückwirkenden Kraft für unsern Fall statuieren. Daß dieselben Rücksichten auch den Gesetzgeber für das B. G. B. geleitet haben, ergibt zunächst die ausdrückliche Vorschrift in § 184 Abs. 2 und dann deren Begründung in den Motiven Bd. I S. 247:

> „Abgesehen von sonstigen der Beschaffenheit des einzelnen Falles zu entnehmenden Gründen ist

---

[142] Windscheid, S. 315 Anm. 7; Dernburg, Pand. I § 119 S. 277,6 und § 84 S. 192; Zimmermann, S. 248 ff.; Seuffert, S. 71 ff.

hierfür schon die Erwägung ausschlaggebend, daß es weder billig noch gerecht wäre, dem Genehmigenden die Macht einzuräumen, den von ihm in der Zwischenzeit hinsichtlich des betreffenden Gegenstandes gültig getroffenen Verfügungen die Wirksamkeit wieder zu entziehen."

Demzufolge hat denn der § 184 Abs. 2 folgendes bestimmt:

„Durch die Rückwirkung werden Verfügungen[143] nicht unwirksam, die vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts von dem Genehmigenden getroffen werden oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt sind."

Bleiben somit Verfügungen, die der Prinzipal vor der Genehmigung getroffen hat, unbeeinflußt von der rückwirkenden Kraft der Genehmigung, so kann infolgedessen — wie Goldmann und Lilienthal S. 81 richtig bemerken — der Fall eintreten, daß trotz der Genehmigung das genehmigte Geschäft keine Wirkungen äußern kann. Ein Beispiel möge dies erläutern.

Ein Gegenstand ist von einem *gestor* verpfändet worden; nun macht der *dominus* denselben Gegenstand noch einmal zum Objekt eines Verpfändungsvertrages; letzterer Vertrag ist vor der Genehmigung des *dominus*

---

[143] Was das B. G. B. unter »Verfügung« verstanden wissen will, hat Planck uns in Bd. I seines Kommentars S. 148, 4 gesagt: Verfügungen sind „diejenigen Rechtsgeschäfte, durch die unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird".

erfolgt; jetzt genehmigt er das Geschäft seines *gestor*. Es liegt klar zutage, daß jetzt der eigentliche Kontrahent des *dominus* in eine schlimme Lage versetzt würde, wenn die rückwirkende Kraft der Genehmigung dem vom *gestor* bestellten Pfandrecht den Vorrang geben würde. Dies verhindert eben die ausdrückliche Vorschrift des § 184 Abs 2. Es geht daraus zugleich hervor, daß jenes vom *gestor* bestellte Pfandrecht, wenn auch zu Recht bestehend, doch seine Wirkung nicht äußern kann.

Ganz ausgeschlossen ist ein Wirksamwerden eines genehmigten Geschäfts, wenn der Genehmigende ein Rechtsgeschäft genehmigt hat, dessen Objekt aus irgend welchen Gründen durch die Rechtsordnung seiner Rechtssphäre entzogen war.

---

§ 11.

Es mag in diesem Paragraphen noch kurz dargestellt werden, wie die Sachlage sich gestaltet, wenn der *dominus* seine Genehmigung verweigert.

Das Verhältnis zwischen *D* und *T* kann nicht in Frage kommen; denn die notwendige Voraussetzung für ihre Rechtsbeziehungen bildet erst die Genehmigung; mit der Versagung derselben wird das Geschäft für den *D* gar nicht existent; mithin tritt er auch zu *T* in kein Rechtsverhältnis.

Nicht ganz so einfach wird sich das Verhältnis zwischen *G* und *T* lösen lassen. Wenn auch nach der

Repräsentationstheorie die Wirkungen des Geschäfts für den *D* eintreten sollen, so ändert dies doch nichts an der Tatsache, daß immerhin der *G* persönlich Kontrahent ist. Trotz alledem läßt die erwähnte Theorie den Vertreter aus dem Vertrage nicht haften, indem sie seinen Willen respektiert, der nur in fremdem Namen zu kontrahieren, aber sich selbst nicht verpflichten zu wollen erklärt. Demnach kann sich *T* an *G* nicht halten.

Aber andererseits kann *T* doch nicht ohne Schutz bleiben; denn in vielen Fällen wird ihm Schaden dadurch erwachsen, daß er auf das Zustandekommen des Vertrags fest rechnete und rechnen konnte. Wie wir sahen, scheidet von den für eine event. Inanspruchnahme seitens des *T* in Betracht kommenden Personen *G* aus obigem Grunde aus. *D* kann selbstverständlich gar nicht herangezogen werden.

Es bleibt also nur *G*, an den sich *T* halten muß; allerdings kann dessen Haftung aus dem Vertragsabschluß nicht begründet werden. Wir müssen also nach einem anderen Grunde suchen; und da glaube ich nicht fehlzugehen, die Ansicht, die das R. G. in Band 18 S. 158 der Entscheidungen in Zivilsachen vertritt, für die richtige zu erklären. Das R. G. leitet die Haftung des *G* aus dessen Erklärung ab, „daß er zum Abschlusse bevollmächtigt sei".

Das gemeine Recht[144] kennt auch hier keine Einigkeit. Zwei Ansichten streiten hauptsächlich über den Grund der Haftung.

---

[144] vgl. über die verschiedenen Theorien Hupka: »Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht«, S. 20 ff.

Die Anhänger der einen wollen mit dem von Ihering begründeten Begriff der *culpa in contrahendo* operieren, indem sie in dem Verhalten des *G* eine Vernachlässigung seiner Pflichten erblicken und auf Grund dieser *culpa* ihm haften lassen. Die Haftung entfällt bei entschuldbarem Irrtum des *G* oder fahrlässiger Nichtkenntnis des Mangels der Vertretungsmacht seitens des *T*. Dieser Gesichtspunkt ist auch entscheidend für das Maß der Haftung des *G*. *T* trägt allein den Schaden, kann aber den event. durch *G* verschuldeten Schaden, d. h. das negative Vertragsinteresse vom *gestor* ersetzt verlangen.[145]

Die andere von Windscheid,[146] Buchka[147] u. a. vertretene und für das gemeine Recht herrschende Meinung sieht in dem Auftreten des *gestor* eine Garantie für das Erfolgen der Genehmigung und will den *gestor* daher aus diesem Garantievertrage haftbar werden lassen. Dies Garantieversprechen kann ausdrücklich oder stillschweigend gegeben sein; ja, die Theorie[148] unterstellt stets einen stillschweigenden Garantievertrag, wenn der Vertreter ohne Angabe des Mangels seiner Vertretungsmacht kontrahiert hat, „vorausgesezt, daß der Vertreter nicht annehmen durfte, der Mangel sei dem Gegner bekannt". Hinsichtlich des Umfanges der Haftung des *G* will diese Theorie dem *T* sein Interesse ersetzt wissen; event. hat der *gestor* sogar zu erfüllen.

---

[145] vgl. Laband, Zeitschr. f. H. R. Bd. X S. 229 ff.; Mitteis, S. 156 ff.; Dernburg, Pand. II S. 27, 28.

[146] Pand. I, S. 316.

[147] S. 238.

[148] vgl. Windscheid, I S. 315 Anm. 7a.

Was gegen diese Theorie vorgebracht werden kann, haben die Protokolle[149] gesagt:

„Bei der Lage des geltenden Rechts sei die Entscheidung lediglich nach den Gesichtspunkten der Gerechtigkeit und des praktischen Bedürfnisses zu treffen. Der Versuch, die Verpflichtung des Vertreters zur Erstattung des Erfüllungsinteresses auf ein stillschweigendes Garantieversprechen zurückzuführen (vgl. Motive I S. 244), erweise sich nicht als unanfechtbar.

In den weitaus meisten Fällen läuft die Unterstellung eines solchen Garantieversprechens auf eine Fiktion hinaus. Ein Garantieversprechen könne unter Umständen allerdings angenommen werden, namentlich dann, wenn der Vertreter mit dem Bewußtsein gehandelt habe, daß er keine Vertretungsmacht besitze; es liege aber fern in allen Fällen, in denen er sich über das Vorhandensein der Vertretungsmacht im Irrtum befunden habe."

Die Praxis des gemeinen Rechts wich von der eben geschilderten Theorie insofern ab, als sie in fast allen Fällen den *G* zur Leistung des Erfüllungsinteresses[150] verurteilte, ohne einen Unterschied zu machen, ob *G* entschuldbar irrte oder nicht.[151] Nur eine Ausnahme machte sie für den Fall, daß der Dritte den Mangel selbst gekannt hat.

---

[149] Bd. II S. 158.

[150] Schiemann, a. a. O. S. 52.

[151] vgl. Entsch. d. R.G. Bd. VI Nr. 60, Bd. XXXV Nr. 34.

Während aus dem Vorstehenden zu erkennen ist, wie schon die gemeinrechtliche Praxis erheblich von dem das römische Recht für den Umfang der Haftung beherrschenden »Verschuldungsprinzip« abweicht, können wir für das B. G. B. das gänzliche Aufgeben dieses Grundsatzes konstatieren.[152] Vielmehr steht das B. G. B. auf dem Standpunkt des schon allmählich im gemeinen Recht zur Anerkennung gelangten deutschrechtlichen »Veranlassungsprinzip«.[153]

Es mag hier kurz angegeben werden, auf welche Grundlage Hupka die Vertreterhaftung zurückführen will. Nach seiner Ansicht (vgl. besonders »Haftung« S. 90, 91 ff.) ist der Vertreter haftbar „auf die bloße mit dem stellvertretenden Handeln verbundene Behauptung hin, Vertretungsmacht zu besitzen, und die vom Gesetze anerkannte Notwendigkeit, den guten Glauben des Dritten an die Wahrheit dieser Behauptung zu schützen". Seine sehr interessanten Ausführungen lassen Hupka zu dem Schluß kommen, der prägnant seine Ansicht über den Rechtsgrund der Vertreterhaftung ausdrückt: „Der Vertreter wird für die Fehler der Vertretungsmacht darum haftbar gemacht, weil er ihr

[152] vgl. Hupka, »Haftung« S. 83: „ . . . . Fragen wir nun nach dem Rechtsgrunde unserer Haftung auf dem Boden des geltenden deutschen Rechts, so bietet sich zunächst wieder der Gesichtspunkt der schuldhaften Schadenszufügung der Erwägung dar. Nichts ist aber sicherer, als daß dieser Gesichtspunkt nicht der des Gesetzes ist. Das Gesetz gedenkt des Verschuldens des Vertreters als einer Voraussetzung seiner Haftung mit keinem Worte, und eine in dieser Richtung beschränkende Auslegung des Wortlautes ist nicht nur durch die Entstehungsgeschichte des § 179 B. G. B., sondern auch durch den Inhalt der Gesetzesnorm selbst verboten . . . . "

[153] Schiemann, a. a. O. 53.

Vorhandensein behauptet und dadurch in dem Gegner ein schutzwürdiges Vertrauen auf die Wirksamkeit der Vertretung erzeugt hat."

Heute regelt § 179 B. G. B. den Umfang der Haftung des *gestor* nach der Unterscheidung, ob der *G* seine Vertretungsmacht kannte oder nicht. Er bestimmt für den ersten Fall das wahlweise Recht des Dritten, entweder Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse zu verlangen. Die Protokolle[154] begründen dies so:

> „Wisse der Vertreter, daß er keine Vertretungsmacht besitze, so handele er entweder dolos, d. h. in dem Bewußtsein, daß die Genehmigung nicht zu erwarten sei, oder er handele in der Voraussetzung, der Genehmigung sicher sein zu können, und tue dies auf seine Gefahr. In beiden Fällen geschehe ihm kein Unrecht, wenn er persönlich für die Erfüllung bezw. für den Ersatz des positiven Erfüllungsinteresses haftbar gemacht werde."

Diese Begründung bringt klar zum Ausdruck, daß das B. G. B. mit der neueren Rechtsentwicklung sich dahin versteht, den vollmachtlosen Vertreter geradenwegs zur persönlichen Leistung dessen zu verpflichten, was beim Bestande der Vollmacht der Vertretene zu leisten gehabt hätte. Neben dem Recht des Gegners, vom Vertreter »Erfüllung« zu verlangen, hat das B. G. B. aber ferner dem Dritten das Recht eingeräumt, anstatt der Erfüllung »Schadensersatz« zu beanspruchen. Beide Rechte hat das B. G. B. gleichgestellt, und es

---

[154] vgl. Bd. II S. 160.

läßt dem Dritten die Wahl, welches Schutzmittel er für sich verwenden will. Damit hat unser Gesetzbuch sich von der richtigen Erkenntnis leiten lassen, daß es dem Dritten mit Rücksicht auf die Natur der Leistung und auf die Persönlichkeit und Vermögensverhältnisse des Vertreters durchaus nicht immer angenehm sein kann, diesen statt des Prinzipals als Kontrahenten zu erhalten, und daß auch die Erfüllung des Vertreters nicht immer ausreicht, um alle Nachteile zu decken, die dem Dritten durch die Unwirksamkeit des Geschäftes entstanden sind.

Zu beachten ist hierbei aber stets, daß nur der Dritte diese Rechte auf Erfüllung und Schadensersatz geltend machen kann. Der *gestor* seinerseits kann nie von dem Dritten verlangen, daß dieser ihn als Ersatzmann des Prinzipals annehme und ihm leiste, denn das Geschäft des Vertreters ist und bleibt, da es nicht genehmigt worden ist, unwirksam. Selbstverständlich aber ist der Dritte, wenn er einmal die Erfüllung gefordert hatte, nunmehr auch seinerseits verpflichtet, dem *gestor* alles das zu gewähren, was er bei Wirksamkeit des Vertrages dem *dominus* schuldig gewesen wäre.

Was nun die »Erfüllung« durch den *gestor* im einzelnen betrifft, so liegen die Fälle, in denen für den *dominus* eine Schuldverbindlichkeit begründet werden sollte, so klar, daß sie weiterer Ausführung nicht bedürfen. Hat z. B. der Vertreter ohne Vertretungsmacht Waren gekauft, so ist er nach § 179 Abs. 1 B. G. B. persönlich zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, oder hat er eine Wohnung gemietet, so schuldet er selbst den vereinbarten Mietzins usw.

Aber auch hinsichtlich aller anderen Geschäfte, die dem Dritten einen rechtlichen Vorteil zu schaffen unternommen waren, ist der § 179 B. G. B. in gleicher Weise in Anwendung zu bringen. Der Vertreter ist auch bei diesen Geschäften gehalten, dem Dritten den rechtlichen Endzweck durch eigene Tat zu verschaffen; er hat persönlich dem Dritten den in Aussicht gestellten rechtlichen Vorteil zu gewähren.

Der Vertreter ist nach § 179 Abs. 1 B. G. B. nun auch noch alternativ dem Dritten auf »Schadensersatz« verhaftet. Hat also der Vertreter in Kenntnis seines Vollmachtsmangels gehandelt, so kann der Dritte statt des positiven Geschäftsinteresses die Erstattung aller derjenigen Vermögenswerte verlangen, die ihm infolge Unwirksamkeit des stellvertretenden Geschäftes verloren und entgangen sind. Der Ersatz ist, wie Hupka[155] ausführt, stets Geldersatz, der sich, je nachdem durch vollmachtlos geschlossene Geschäfte ein Rechtserwerb oder eine Befreiung von einer Last des Dritten erzielt werden soll, „als ökonomischer Gewinn darstellt, den der Dritte durch den Rechtserwerb gemacht haben würde, oder als Ersatz des Schadens, den der Dritte dadurch erleidet, daß die Last noch fortbesteht".

Implicite enthält die Bestimmung des § 179 Abs. 1 B. G. B. auch die Berechtigung des Dritten, statt des positiven das negative Geschäftsinteresse geltend zu machen. Dies findet seine Bestätigung durch einen Vergleich mit den Bestimmungen des Abs. 2 des § 179, der den den Vollmachtsmangel überhaupt nicht kennen-

[155] »Haftung« S. 231 ff.

den *gestor* „zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrages hat (§ 179 Abs. 2 B. G. B.)". Wenn also der Dritte schon gegen den *gestor ignorans* dies Recht hat, so ist es ihm gegenüber dem *gestor sciens* doch um so mehr zuzugestehen.

Der Abs. 2 des § 179 B. G. B. läßt dann für den Fall der Unkenntnis des Vertreters von dem Mangel seiner Vertretungsmacht denselben nur auf das negative Interesse haften. Hierzu äußern sich die Protokolle a. a. O.:

> „Wesentlich anders sei die Rechtslage dagegen schon nach dem Rechtsgeschäfte dann, wenn der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht infolge Irrtums nicht kannte. Bei Tatbeständen dieser Art genüge »die Verpflichtung zum Ersatze des negativen Interesses dem Verkehrsbedürfnisse und es könne den Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit Rechnung getragen werden«."

Die Ausnahme, die der § 179 B. G. B. gegenüber der — nach Abs. 1 — generellen Verpflichtung des *gestor* zur „Erfüllung oder zum Schadensersatze" in Abs. 2 statuiert hat, läßt den Vertreter in geringerem Grade haften, wenn er „den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat." Diese Beschränkung der Haftung entspricht auch der Billigkeit, sofern die Unkenntnis des Vertreters vom Vollmachtsmangel eine unverschuldete ist oder doch nur auf leichter Fahr-

lässigkeit beruht. Kann aber ein gleiches auch gelten, wenn diese Unkenntnis ihren Grund in der groben Fahrlässigkeit des Vertreters hat?

Die Frage hat das Gesetz in § 179 offen gelassen. Die Protokolle[158] haben es für zugelassen erklärt, daß auch dem grobfahrlässig irrenden Vertreter der Schutz des § 179 Abs. 2 zuteil wird; denn dadurch würde „den Anforderungen der ausgleichenden Gerechtigkeit Rechnung getragen". Wir müssen also, da die Absicht des Gesetzbuches jedenfalls auf die unterschiedslose Behandlung der verschuldeten und unverschuldeten Unkenntnis des Vertreters vom Vollmachtsmangel abzielt, auch beide Arten der Unkenntnis hinsichtlich der Haftungsart gleichstellen.

Nach § 179 Abs. 2 hat der Vertreter das sog. »negative Geschäftsinteresse« dem Dritten zu prästieren, d. h. er hat dem Dritten alle die Vermögensverluste zu ersetzen, die dieser erlitten hat, indem er auf die Gültigkeit der stellvertreterischen Handlung vertraute. Dieses negative Interesse wird in den meisten Fällen das positive an Wert nicht erreichen. Für den Fall aber, daß dies doch einmal geschehen sollte, hat das B. G. B. ausdrücklich bestimmt, daß der Vertreter „nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrages hat", verpflichtet ist (§ 179 Abs. 2 B. G. B.).

Endlich hat der Abs. 3 des § 179 des Gesetzes vorgeschrieben, daß die Haftung des *gestor* ganz entfallen soll, „wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte".

[158] vgl. oben S. 75.

Damit hat das B. G. B. die Konsequenz seiner Anschauung über den Rechtsgrund der Haftungspflicht des vollmachtlosen Vertreters gezogen. Wenn der spezifische Grund für die Berechtigung des Dritten, sich an den Vertreter halten zu können, darin liegt, daß sein (des Dritten) Vertrauen auf die Wahrheit der Vollmachtsbehauptung des Vertreters unbedingt geschützt werden muß, so ergibt sich daraus der Schluß, daß die Haftung des Vertreters da entfällt, wo der Dritte den Mangel der Vollmacht des Vertreters gekannt hat. Schon nach den allgemeinen Grundsätzen über die *bona fides* und den Schutz des gutgläubigen Dritten ist zu sagen, daß derjenige, der sich mit einem Vertreter einläßt, obwohl er weiß, daß derselbe Vertretungsmacht nicht besitzt, sich freiwillig in die Gefahr eines unwirksamen Geschäftes begibt; er hat sich selbst die Folgen der Unwirksamkeit zuzuschreiben: *scienti non fit iniuria.*

Um dem dem Dritten in weitem Maße gewährten Schutz gegenüber auch dem vollmachtlosen Vertreter eine Erleichterung zu schaffen, hat der § 179 Abs. 3 der Kenntnis vom Vertretungsmachtsmangel das Kennenmüssen des Gegners gleichgestellt. Der Dritte kann sich daher auch dann nicht an den Vertreter halten, wenn besondere rechtliche oder tatsächliche Momente vorliegen, die ihn (den Dritten) bei Anwendung der im Rechtsverkehre erforderlichen Sorgfalt von der Unrichtigkeit des vertreterischen Auftretens überzeugt haben würden.

Hierin tritt auch keine Änderung ein, wenn nun etwa der Vertreter in Kenntnis seines Vollmachts-

mangels kontrahiert hat. „Das Kennenmüssen des Dritten", sagt Hupka,[157] „schließt die Haftung auch dann aus, wenn der Vertreter seinerseits sich in schuldhafter Unkenntnis des Vollmachtsmangels befindet, ja selbst dann, wenn der Vertreter den Mangel kennt und ihn gleichwohl dem Dritten verschweigt." Der zuletzt gesetzte Fall muß aber insoweit eine Einschränkung erfahren, als er mit den Grundsätzen der Redlichkeit in Widerspruch steht. Der Dritte kann also nicht schutzlos bleiben, wenn er vielleicht nur infolge einer kleinen Unaufmerksamkeit den Mangel der Vollmacht des Gegners übersehen hat, der Gegner aber durch sein betrügerisches Verschweigen diesen Irrtum noch verstärkt. In solchen Fällen trägt alsdann der Vertreter die Folgen seiner Arglist. Dieser Satz erfährt nun aber wieder eine Modifikation, wenn der Vertreter als selbstverständlich unterstellte, daß der Mangel der Vertretungsmacht durch die sicher zu erwartende Genehmigung seitens des Prinzipals gehoben werden würde. Verweigert nun aber der *dominus* seine Genehmigung, so kann von einer Arglist des Vertreters keine Rede sein, da er nur im guten Glauben auf die sicher nicht ausbleibende Genehmigung dem Dritten seinen Vollmachtsmangel verschwiegen hat.

---

§ 12.

Blicken wir nunmehr zurück, so kommen wir zu folgendem Ergebnis:

---

[157] vgl. »Haftung« S. 200.

In der Hauptsache hat das B. G. B. dieselben Grundsätze für richtig anerkannt, wie sie schon im gemeinen Recht in Geltung waren. Nur für einige Punkte konnten wir eine abweichende Regelung feststellen.

Eine Neuerung gegenüber dem gemeinen Recht bedeutet das Widerrufsrecht, das unser B. G. B. dem gutgläubigen Dritten in § 178 eingeräumt hat.[158]

Vollkommen neu ist ferner das Aufforderungsrecht des *T*, wodurch dieser den Prinzipal von dem Abschluß des Geschäfts in Kenntnis setzen und ihn gleichzeitig ersuchen kann, sich über die Genehmigung zu erklären.[159]

Im Anschluß daran bedeutet des weiteren die Festsetzung einer Frist von 2 Wochen, innerhalb deren der Prinzipal sich erklären muß, eine Abweichung von den geltenden Rechtssätzen des gemeinen Rechts insofern, als diese eine feste Frist nicht vorgeschrieben haben.[160]

Endlich ist, was die Haftung des Vertreters angeht, noch zu konstatieren, daß das B. G. B. hier nicht das Verschuldungsprinzip zugrunde gelegt hat, sondern in § 179 das Kennen oder das Nichtkennen der Vertretungsmacht über den Umfang der Haftung entscheiden läßt.[161]

---

[158] vgl. oben S. 20.
[159] vgl. oben S. 39 ff.
[160] vgl. oben S. 40.
[161] vgl. oben S. 71—78.